Nov 15

IL RINNOVAMENTO
DELLA
GIURISPRUDENZA FILOSOFICA
SECONDO LA SCOLASTICA

PER L' AVVOCATO

VALENTINO RIVALTA

MEMBRO DELL' ACCADEMIA FILOSOFICO-MEDICA DI S. TOMMASO D'AQUINO

23

DISSERTAZIONE

BOLOGNA

NICOLA ZANICHELLI

1888

IL RINNOVAMENTO
DELLA
GIURISPRUDENZA FILOSOFICA
SECONDO LA SCOLASTICA

PER L' AVVOCATO
VALENTINO RIVALTA
MEMBRO DELL' ACCADEMIA FILOSOFICO-MEDICA
DI S. TOMMASO D' AQUINO

DISSERTAZIONE

BOLOGNA
NICOLA ZANICHELLI
1888

ALLA SANTITÀ

DI

LEONE XIII

PONTEFICE MASSIMO

BEATISSIMO PADRE

Quando con altissima sapienza la Vostra Santità propose San Tommaso d'Aquino a maestro di coloro che difendono i diritti della verità cristiana, e li assicurò che specialmente nelle questioni discusse dal santo Dottore « circa le leggi e la loro efficacia, si contenevano ragioni fortissime per distruggere i falsi principii del nuovo diritto anticristiano, perniciosissimi all' ordine sociale » (Litt. Encycl., Aeterni Patris)*; in me sorse vivo desiderio di dare un certo svolgimento a queste ragioni a difesa del vero diritto, e della vera giurisprudenza. E così composi questo libricciuolo: ma giunto alla fine di esso, temetti di aver pigliato impresa troppo ardua, e che si potesse dire, aver io mal servito la repubblica cristiana. Questa diffidenza era ragionata sulla scarsità del mio ingegno: tuttavia pensando, che nelle cose difficili basta*

il solo buon volere, e ben sapendo, che di questo non avrei trovato stimatore nè più grande, nè più giusto della Vostra Santità; a Chi il lavoro m' inspirò, volli che fosse intitolato. Ed io sono certo, che comunque indegno della Vostra Augusta Persona, pure sarà accolto benignamente, mentre lo depongo ai vostri piedi, invocando su di me l' Apostolica Benedizione.

Umilissimo Figlio
VALENTINO RIVALTA.

PREAMBOLO

Il secolo presente è testimonio della restaurazione di una filosofia, della quale può dirsi, che altra non sorse più piena di forza e di fecondità. Questa filosofia è la scolastica, in cui tutte le scienze seconde o derivate, singolarmente quella del diritto e delle leggi possono ritrovare un potente ajuto per progredire in bontà, e rigore di principii. Di sua restaurazione la parola autorevole, e solenne del sapientissimo Pontefice Leone XIII fu una conferma, ed insieme un impulso novello, e forse il più grande. [1] Con la intenzione di secondare tale movimento del pensiero, e di giovar alla causa della verità, mi risolsi a pubblicare questo scritto, sebbene pensassi che a parecchi sarebbe paruto inutile, ed a non pochi anche strano.

Potrà parere inutile a tutti quelli che trascurando ogni filosofia, ed accettando ciecamente le leggi come ci sono venute, fanno consistere tutta l'importanza della giurisprudenza nell'esporre le suddette leggi con

[1] Leonis XIII Epist. Encicl. « *Aeterni Patris* ».

la maggior esattezza, e nel considerare le applicazioni di questo o di quel diritto; oppure limitano il lavoro scientifico alle forme materiali, con cui le leggi ci sono state trasmesse, ai documenti in cui vennero depositate, ed alle loro varianti. Giudicheranno poi strano questo scritto quanti, accomodando la loro dottrina col genio dei tempi, non dànno più importanza alle grandi quistioni metafisiche del giusto e dell'ingiusto, e credono che la scolastica omai non appartenga che alla storia. Spero tuttavia che esso sarà bene accetto ai più, che sono quelli che reputano, non dovere la giurisprudenza contentarsi di poca filosofia, e molto meno affettare quella dai giureconsulti romani chiamata falsa e simulata [1]; o peggio ancora abbandonarsi a quella filosofia sofistica, ed ingannatrice — *secundum traditionem hominum, secundum elementa mundi, et non secundum Christum* — di cui l'apostolo delle genti esortava i primi cristiani a diffidare [2].

Questa scrittura, esaminati gli errori principali, che corrompono il pensiero giuridico contemporaneo, e nuocono alla giurisprudenza, impedendole di svilupparsi in tutta la sua grandezza, e compromettendone seriamente l'avvenire, ha procurato di farvi entrare come forza vivificatrice e risanatrice, una filosofia altissima, al cui metodo furono educati i grandi giuristi italiani

[1] Dig., lib. I, tit. I, leg. 1, § 1.
[2] *Lettera ai Colossesi*, cap. 2, v. 8.

dell' età di mezzo: una filosofia, di cui un illustre pensatore tedesco ebbe a dire, celarsi in essa tant' oro, che quegli il quale si fosse data premura di lavorarvi attorno, avrebbe veduta la sua fatica compensata da molte belle ed importanti verità [1]. I concetti, cui questo scritto fece capo, sono in ispecie quelli contenuti nel trattato delle leggi di S. Tommaso d' Aquino; come quello che appartenendo al maggior filosofo cristiano, offre argomento di seria meditazione ai giureconsulti. Esso infatti forma, al dire del Iourdain, la migliore introduzione allo studio delle leggi; [2] e, secondo l' Ozanam, il più bel sistema di filosofia giuridica, che sia stato vergato da cristiano pensatore [3]. Anche Francesco Vargas ambasciatore di Carlo V, e di Filippo II a Venezia ed a Roma, ed oratore del Re cattolico al Tridentino, diceva: « io debbo ne' miei studî della sapienza assai più a questo santo Dottore, che

[1] Leibnitz, *Oeuvres*, Tom. V, p. 13 e passim, ed. Genev. 1768. Cfr. Barthélemy Saint-Hilaire, il quale conferma maggiormente il giudizio del Leibnitz, Opusc. *Parva naturalia* Pref., p. LXXIX, *Aujourd' hui que nous la connaissons* (la scolastica) *un peu mieux, n' y pouvons nous pas découvrir plus d' or que la sagacité même de Leibnitz n' y sut en voir?* » E Cousin: *il y a beaucoup de vérité dans la scolastique* (*Intr. à l' hist. de la philos.*, ed. 6ª p. 38). Questo acutissimo filosofo previde la restaurazione della scolastica (*Op. cit.* l. c.).

[2] *Filosofia di S. Tommaso d' Aquino*, pag. 196.

[3] *Dante et la Philosophie catholique au XIII siècle*, Tomo VI delle opere, ed. 4ª, pag. 526 in nota.

agl' infiniti commentari dei giureconsulti, larghi di parole, e scarsi di sentenze. S. Tommaso presenta in poche frasi la verità, com'è; procede sicuro, ed armato d' inoppugnabili argomenti..... Buon Dio, esclamava il citato oratore, se certi giureconsulti l'avessero letto! Se l'avessero inteso!..... Quanta ignoranza, quanti errori avrebbero esulato dalla loro mente, e dai loro libri!.. »[1]

L' importanza dell' argomento, e la necessità di trattarlo con esattezza, imposero all' autore di assoggettarsi ad una nuda e severa semplicità, lasciando in disparte quanto potesse, benchè lievemente, affievolire la forza del vero. Il carattere stesso delle dottrine, di cui egli deve ragionare, carattere austero, preciso, consigliava un metodo rigoroso. Usò tuttavia una maniera, quanto più seppe larga e sintetica, nel testo racchiudendo tutto il necessario, e significando per mezzo di annotazioni soltanto quelle cose, che il testo assolutamente non soffriva. Ma ciò che nella sostanza, e nella forma di questo scritto verrà trovato difettoso, non voglia dal benevolo lettore attribuirsi a negligenza: ne

[1] *De Episcop. jurisdict. et Pontif. Max. auctor. confit.*, 2. Cfr. il giornale *l' Irnerio*, Vol. I. prodr., p. XI (Bologna 1855): « E dove diffatti si avrebbe a scoprirne (dei diritti) più copiose, e più limpide le fonti, che nelle opere dei primi Campioni della Chiesa, e specialmente dell' Angelico, che schiuse per sè solo un tesoro di scienza e di filosofia legale? ».

incolpi piuttosto la novità del tema[1]. Ed abbia riguardo anche alla sua vastità, perchè l'autore non ebbe la pretesa di esaurirlo con uno scritto, che non consta che di parziali discussioni, ed altro non intende che mettere in chiaro qualche verità fondamentale per la giurisprudenza. L'autore sente, come l'evidenza di una dottrina non può manifestarsi che in opere, le quali considerino in grande la dottrina stessa, cioè nei suoi rapporti con tutta la storia del pensiero sì volgare, che scientifico; specialmente quando la detta dottrina non voglia ammettersi, o sembri antiquata, o in contraddizione con altre, cui ciecamente si crede. Dandogli Iddio vita e grazia, spera di compiere anche questo lavoro, onde si possano a pieno comprendere e valutare le ragioni di una dottrina, di cui qui l'autore non si fa che debole, sebbene sincero apologista. Perciò come vorranno perdonarglisi i molti difetti, le molte lacune, così non si farà delle sue parole una interpretazione men che benigna, ogni volta che gli occorse di ribattere le opi-

[1] Il ch. avvocato Antonio Burri propugnava, non è guari, in un libro di molto merito la restaurazione della scienza politica per via della dottrina di San Tommaso (*Le teorie politiche di S. Tommaso e il moderno diritto pubblico*, Roma 1884). Il sig. Pou y Ordinas professore dell' Università di Saragozza pubblicava nel periodico la *Ciencia Cristiana* (Vol. II, 1877, nn. 7, 8) un dotto discorso sopra « *Santo Tomás de Aquino luz de los jurisconsultos* ». Niuno però fin' ora ha trattato di una riforma dell' intera giurisprudenza col metodo e con le dottrine scolastiche.

nioni di scrittori avversi alla scolastica. Imperocchè studiossi sempre di osservare per essi i più scrupolosi riguardi, subordinando del tutto la confutazione ad uno scopo elevato.

Ravenna 17 Luglio 1887.

CAPITOLO PRIMO

Della opposizione fra alcuni più recenti sistemi di diritto ed i caratteri fondamentali della giurisprudenza.

È stato notato da scrittori gravissimi, come a cagione dei tanti errori, nei quali incorse la filosofia astratta e formale del diritto; a cagione delle grandi incertezze, che si trovano nei trattati di essa, s' ingenerasse in questi ultimi tempi una diffidenza estrema nelle scienze giuridiche: la quale fece sì che molti abbandonassero qualsiasi speculazione, e si volgessero allo studio esclusivo della storia e dei fatti. Eletti ingegni investigando le fonti storiche del giure, analizzandone gli elementi positivi, pensarono, che lo studio di essi avrebbe dato alle scienze giuridiche quello che invano prometteva loro l' impotente spiritualismo degl' individualisti e razionalisti: confidarono di assicurare al diritto ed alla giurisprudenza quell' unità ed universalità, che sono i caratteri della vera scienza. Non avvertirono però che il loro sistema lungi dal favorire la giurisprudenza nelle sue aspirazioni, le riusciva d' inciampo; se pur non deve dirsi che apertamente l' avversava. Infatti trascurato ogni riferimento ad un ordine assoluto di ragione, non

potevano le leggi apparire che modi dell'umano arbitrio mosso da scopi egoistici, utilitarî, e quindi variabili quanto i tempi, i luoghi, e le necessità dell'uomo. Ma poichè, come osservava benissimo il Pollock,[1] lo studioso della storia è pronto a cadere in un ottimismo irriflessivo, credendo ottime tutte le cose, che vengono scoperte come il risultato naturale delle condizioni storiche; così i giuristi della nuova scuola parvero sottintendere, che tutte le consuetudini, tutti gli statuti potessero essere egualmente buoni e giusti, anche se opposti e contrari, purchè accomodati al genio dei popoli. Non considerarono, che sebbene le suddette consuetudini e statuti, come opera dell'uomo, esprimano nella successione loro lo spirito di questo o di quel tempo, potendo tuttavia essere corrotti nella stessa loro fonte, e segnare una decadenza anzichè un progresso, dovevansi giustificare. Imperciocchè l'uomo non è la giustizia; può averla, ed anche non averla: laonde badar deve di non elevare i prodotti del suo spirito ad una dignità di ragione, che loro non competa. La quale osservazione fu fatta con molta perspicacia eziandio dai filosofi del paganesimo.[2] Altrimenti dovrebbe ritenersi, che lo spirito di ciascun popolo sia necessariamente, ed in tutte le cose giusto. E ciò ammesso, converrebbe che le consuetudini, e gli statuti di un popolo n'esprimessero in realtà, e sempre, lo spirito. Lo che

[1] *I metodi di giurisprudenza*, Lezione inaugurale 31 ottobre 1882.

[2] Cicerone, *De legibus*, II, 5.

non è certamente, sapendosi come molte istituzioni, e leggi positive spesso sieno state imposte ai popoli contro le loro aspirazioni, e tendenze. Chè se la storia si appella maestra della vita, e realmente molte cose spiega per le loro cause, di per sè sola però non ne giustifica alcuna.

Taluno (Puchta) avvisando ciò, e saviamente pensando, che un costume è un mero fatto esterno, locale, che può avere per fondamento anche opinioni e giudizî erronei, e che quindi non basta a costituire un diritto, distinse con molto acume la semplice consuetudine dal diritto di consuetudine. Ma avendo voluto fondare questo sulla convinzione giuridica del popolo, fu da altri osservato, che per quanto fosse esatta la distinzione, pure non varcavasi con essa la cerchia del nostro modo di sentire, e che tale distinzione non poteva valere, se non studiando in sè stesso il diritto di consuetudine. Imperocchè si disse, e con ragione, trattarsi delle condizioni per le quali la consuetudine acquista forza giuridicamente obbligatoria. [1] Ora queste si trovano nelle esigenze naturali dei rapporti della vita; esigenze necessarie, immutabili, nelle quali si concreta la giustizia. Esse formano oggetto della nostra conoscenza, e fanno nascere in noi il debito di apprezzarle come meritano, e di conformarci ad esse. Per-

[1] Vedi Ahrens, *Enciclopedia giuridica, ovvero Esposizione organica della scienza del diritto e dello stato,* lib. I, cap. IV, § 2, A, Vol. I, p. 79, ed. Milan. trad. it. Eisner e Marenghi.

ciò non si potrebbe neppure, come qualche altro scrittore ha proposto, cercar salute in una certa mediazione fra il gius di natura e la storia, al primo attribuendo la forma, alla seconda la realtà.[1] Perchè, come ben notava il Meyer, quello non esiste soltanto quale forma del diritto storico, ma viene presupposto come sussistente di per sè, ed anteriormente ad ogni altro.[2] Inoltre il diritto di natura non dipende talmente dalle esterne contingenze della vita, che cessi di esistere le quante volte riesca impossibile l'attuarlo.

L'idea di una giurisprudenza storica, scrisse Romagnosi, nacque in alcuni giuristi moderni dall'aver abusato di un detto di Platone, secondo il quale, le leggi non vengono fatte dagli uomini, ma dall'andamento del tempo. Il Romagnosi volle ristretta questa sentenza al periodo dell'*invenzione* dei principii e delle regole, dopo la quale, ei dice, « una giurisprudenza storica diviene criminosa ».[3] Tuttavia parmi, che partire dal presupposto di una invenzione dei principii e delle regole giuridiche, senza distinguere le assolute dalle relative, le necessarie dalle contingenti, non possa essere il modo migliore di opporsi al sistema positivo, nè il mezzo più adatto a distruggere il sogno di una giurisprudenza, che

[1] Byck, *Rechtsphilosophie, der letzte Grund des Rechts unde seine praktischen Consequenzen*, Leipzig, 1882.

[2] *Inst. juris naturalis*, P. 1, p. 460, nota 1, ed. Friburgi Brisg., 1885.

[3] *Lettere a Gio. Valeri sull' ordinamento della scienza della cosa pubblica*, Lettera 3, p. XXX, ed 5ª. Prato 1838.

si appaga della esposizione dogmatica di questo o quel diritto. Sarebbe stato più acconcio all' uopo obbiettare al sistema storico le tendenze razionali della giurisprudenza, le sue aspirazioni verso l'universale e l'assoluto. Perciocchè nessun popolo inventò mai una sola regola, che avesse questi caratteri. Tutto ciò che in fatto di leggi, di giustizia, di diritto appartiene all' invenzione, ed entra nell' ordine del tempo, ha seco un' impronta individuale, che va dileguandosi man mano che i popoli si accostano agli eterni principî del vero, del buono e del giusto. Ciò si ravvisa nella grande assimilazione delle idee giuridiche, che ebbe luogo prima tra i romani all' epoca della introduzione del *jus gentium*, e poscia tra noi all' epoca del rinascimento della giurisprudenza, e dell' accettazione del diritto romano. Una parte considerevole del quale fu esclusa, e cioè quella che era l'unico prodotto dei sentimenti, e delle idee romane, per non ritenere che quei principii, i quali avendo un carattere assoluto, erano atti a divenire elementi di civilizzazione. L' idea dominante fu sempre che la disciplina del diritto dovesse attingersi a più profonde sorgenti che non fossero le consuetudini delle nazioni, gli statuti, le leggi da esse trovate per i loro peculiari bisogni, ossia, come dicesi oggidì, i prodotti del loro spirito. Della direzione, che quella salutare idea imprimeva al pensiero giuridico, abbisogna più che mai l' età presente, che con grande curiosità ricerca, paragona, discute le leggi di tutte le nazioni, domandando a ciascuna la somma di esperienza e di senno, che i secoli deposero in essa.

Deve sopra tutto riflettersi, che quanto nell' ordine del tempo e dello spazio è di umana invenzione, non può di per sè medesimo avere carattere obbligatorio universale, nè costituire essenzialmente una legge di diritto: perciocchè non vi sarebbe ingiustizia, che non potesse pretendere a questo titolo. A qualunque periodo appartenga la legge inventata, presso qualunque popolo sia stata sancita, qualunque idea grandiosa abbia presieduto alla sua formazione, ed in fine per quanto ammirabile sia stata l'arte, con cui un dato diritto o sistema di diritto venne plasmato; questa legge e questo diritto non avranno che un valore relativo, ove non soddisfacciano ad esigenze, ed a fini superiori all' arbitrio umano. Quali idee più grandi di quelle cui s'ispirarono le legislazioni orientali? Eppure tutte, meno una, erano concepite falsamente, come falsa era la religione alla quale servivano in massima parte di espressione esterna. Quali idee più generose di quelle che informavano il diritto eroico? Eppure quante ingiustizie questo conteneva! Finalmente, se la stessa giurisprudenza romana non avesse potuto vantare che la sagacia inventiva dei suoi *prudentes*, e gl' ingegnosi procedimenti, con cui questi compirono l' opera del diritto, essa in nulla avrebbe superato la giurisprudenza dei rabbini; la quale forse in molti punti vince quella dei romani per sottigliezza e finezza d' invenzione. Io vado più innanzi ancora, e dico, che non basta ad attribuire valore assoluto, e carattere d' universalità ad un sistema di diritto la somma di esperienza, che vi si trovi de-

positata, o l'intuito dei bisogni reali della vita, o la sicurezza nella scelta dei mezzi giuridici per soddisfarli, molto meno poi il complesso delle massime derivate da una serie d'istituti procedurali. Queste cose sebbene sieno altamente considerabili, tuttavia non hanno che una importanza secondaria, relativa, transitoria, e non sono di per sè stesse atte a rendere una legislazione duratura. Quindi è grave il torto di quegli orientalisti, che esagerano la sapienza pratica di alcune legislazioni d'oriente, senza riflettere quale spirito le informi. Del pari hanno torto quei cultori del diritto romano, che sorpresi dalla perfezione artistica della sua forma, dalla opportunità dei rimedî che esso offre per le pratiche necessità, gli abbruciano l'incenso, e gli tributano l'onore altissimo di *ragione scritta*, senza distinguere i sistemi diversi per cui passò, ed il grado di progresso nelle idee morali che rappresenta.[1] Certamente l'apparato di qualche legislazione è tale da illudere chiunque si accosti per conoscerla. Ma non conviene perdere di vista il mondo in cui sorse, le cause interne ed esterne che la determinarono, la verità o falsità degl'ideali cui ispirossi, i fini che gli autori di essa si proposero, e gli effetti che produsse.

[1] Per esempio il Savigny fu principalmente rimproverato di non avere osservate le cose in loro stesse, ma in uno specchio romano. Vedi Leist, *Analisi dogmatica delle istituzioni romane*, presso l'Ahrens, *Op. cit.*, p. 73, nota 2. Consulta anche Ihering, L'*Esprit du droit romain*, Introd. tit. 1, § 2.

Se i bisogni pratici, ed il sentimento giuridico furono presso alcuni popoli il movente principale, e fino ad una data epoca l'unica cagione del diritto, non conviene però dimenticare, come i bisogni sieno variabili col tempo, e come al sentimento occorra un lume superiore che lo guidi, affinchè non aberri dalla retta ragione. Infatti il sentimento giuridico interno, e del tutto subbiettivo può segnare la sua impronta, tanto su quello che il diritto e la giustizia creano, quanto su ciò che viene costituito dalla forza. Gli esempi abbondano nelle leggi degli antichi romani, e in quelle dei popoli germanici. Questi argomenti valgano a confermare l'assunto, che la storia, quantunque comprenda molta parte della scienza giuridica, non è però l'unica via per intendere e giudicare il diritto, avendo d'uopo essa medesima di essere giudicata. Onde bene scrivea il Fouillée: « *Le droit n'est pas le fait, c'est l'idée en avant sur le fait et lui montrant la direction qu'il doit suivre* ».[1]

Ma poichè uno dei maggiori pregiudizî del sistema storico, si è appunto che il vero ed il giusto, ed i principii loro costitutivi non vengano determinati da alcun ideale, ma compiano il proprio corso necessariamente e tranquillamente per l'interna attività dello spirito dei popoli, per la forza organizzata dal tempo, per la potenza accumulata delle generazioni, secondo una legge di continuità e determinismo universale; così giova sog-

[1] *L'ideé moderne du droit.*, p. 36, Paris 1878.

giungere, che sebbene esista nel diritto una certa spontaneità, ossia un' attitudine a determinarsi per le ragioni e gli scopi che gli sono proprî; tuttavia nel fatto questa spontaneità è soggetta all' influenza di numerosi agenti interni ed esterni, che ne turbano di sovente il processo, e lo deviano, facendolo volgere a scopi contrari al diritto stesso. Da ciò i contrasti e le lotte sostenute dagli uomini di genio per un ideale della giustizia, che andasse avanti alle cose, e le traesse dietro di sè pei sentieri del retto. Per questo ideale combatterono i filosofi socratici della Grecia contro l' opinione volgare dei sofisti, che negavano l' assoluto; i prudenti di Roma contro i rigori del *jus quiritium*, che rappresentava la forza; i padri, e i dottori della Chiesa, affermando le armonie del diritto naturale e del diritto cristiano. Malamente si vollero raffigurare questi filosofi, giureconsulti, e padri come gl' interpreti, e gli antesignani dello spirito o coscienza popolare, ma non più. Imperocchè erano gl' interpreti, gli antesignani del vero; e lavoravano per condurre ad esso i sentimenti, i costumi, e le leggi dei popoli in mezzo ai quali viveano. Tutti i loro sforzi furono diretti a separare il necessario e l' eterno dal contingente e transitorio, il diritto proprio di ciascuna città, da quello comune a tutte le genti; ad esplicare e definire le veraci esigenze della natura, i fini dei rapporti reciproci degli uomini; a risolvere quistioni d' interesse universale; a discernere in ogni cosa il giusto dall' ingiusto, l' equo dall' iniquo. Ma i contrasti, e le lotte che sostennero

per la giustizia, non sarebbero stati che inutili violenze, se la vita di per sè medesima creasse tutto il diritto; se questo spontaneamente si determinasse, e continuamente progredisse per una occulta e misteriosa fatalità. Certamente, dato che gli uomini non avessero potuto declinare dalle vie del retto, ed il loro modo di pensare, i loro sentimenti degenerare, corrompersi, le consuetudini, gli statuti, le leggi dei popoli sarebbero state successivamente la genuina espressione della natura; il verace spirito universale del diritto si sarebbe incarnato in tali leggi senza incontrare resistenze, senza subire contraddizioni, e quindi senza bisogno di lotte. Ma nessuna età o periodo della vita sociale, nessun popolo si presenta a noi come il tipo di uno sviluppo sì perfetto. Invece per l'oscuramento dei primi veri, nei quali il diritto ha le sue ragioni e fondamenti, per il prevalere dell'errore, l'unità del diritto fu rotta, e le massime più semplici ed elementari trovarono in ogni paese un ostacolo. Ciò che un popolo rispettava come retto e giusto, da un altro veniva aborrito come una iniquità; le maggiori ingiustizie e scelleratezze trovarono leggi, che diedero loro il titolo di diritti, e ne trassero tutte le conseguenze; l'egoismo degl'individui e delle nazioni fu spesso l'ultima ragione di molti istituti, fino nelle loro più minute particolarità. Si dice, che tutto ciò fu voluto dai tempi, e può essere: ma le iniquità, e le ingiustizie cambieranno per questo natura? Potranno venire giustificate? Ebbe forse il paganesimo tanta ragione, per esempio, di approvare uni-

versalmente la schiavitù, quanta ne ha il cristianesimo per condannarla? Eppure così l'approvazione come la condanna potrebbero dirsi, seguendo la scuola storica, *reali* prodotti dei tempi, dello spirito o coscienza popolare, quindi ugualmente *razionali*. Che più? Se tale coscienza o ragione tornasse a pervertirsi, e ad approvare sotto nuove forme la schiavitù, ridiverrebbe questa giusta e ragionevole cosa? Basterebbe il novello suo *essere* storico a giustificarla dinanzi alla posterità? Basterebbe, che tutto un grande popolo l'avesse approvata ed applicata? Potrà adunque la coscienza dei popoli, che si rivela nella storia, giovare per intendere ciò che in un luogo e in un tempo si considerò come diritto, ma non mai servire di criterio del giusto e dell'ingiusto, ossia del vero diritto.[1]

[1] Gli errori della scuola storica sono stati in gran parte riconosciuti (Vedi C. Nani, *Vecchi e nuovi problemi del diritto*, Discorso, Torino 1886; e gli autori da esso citati).

CAPITOLO SECONDO

Continua lo stesso argomento.

Al sistema della giurisprudenza storica è congiunto con vincoli di figliazione logica un altro più recente sistema, cioè quello dei giuristi empirici e naturalisti, i quali, negato il diritto come norma assoluta, ed affermatolo sostanzialmente relativo e contingente, ce lo presentano nulla più che una serie di forme, che incessantemente si mutano, per acconciarsi ai bisogni variabili della vita sociale. La parentela delle due scuole sta nel metodo, e nel professare entrambe in un grado maggiore o minore una specie di fatalismo giuridico. [1]

[1] Il Moratò nell' opera *El Derecho civil español* (lib. I, c. I, art. 2, § 3) ha, secondo me, dato meglio di ogni altro il concetto, da cui rilevasi chiaramente l' affermata connessione. Egli scrive che secondo la scuola storica « *Todas las leyes y todas las instituciones sociales tienen su razon y su iustificacion en su precedente y sucesivo desarrollo, y en su conformidad con las costumbres del pueblo, que las ha establecido.* » Cfr. fra gl' italiani Abate Longo (*La filosofia del diritto nel suo indirizzo odierno*, p. 33) secondo il quale, la scuola positiva « erompe dal seno della scuola storica, da cui era fecondata, e si determina come scuola autonoma, elevando

Quindi molti degli argomenti, pei quali vedemmo doversi rigettare la dottrina della scuola storica, valgono eziandio contro la filosofia giuridica positiva. Avendo tuttavia i giuristi del positivismo un modo di ragionare più superficiale, e giungendo a conseguenze più esiziali per la vera giurisprudenza, fa di mestieri seguirli da presso nei loro erramenti.

Come i giuristi della scuola storica, così costoro non credono che il soggetto del diritto e della giurisprudenza versi intorno a cosa che trascende l'ordine dei fenomeni; e confidano di trovare nello studio di essi il mezzo per risolvere le grandi quistioni, che affaticano il giurisprudente, senza ricorrere a principî metafisici, e specialmente senza riferirsi alla idea di un supremo ordinatore e datore di ogni diritto. Fanno consistere la giustizia in un continuo passaggio dall'omogeneo all'eterogeneo; in un differenziarsi di funzioni con l'aggiunta successiva di organi sempre nuovi, creati dai bisogni; in un adattarsi, aumentare, e consolidarsi della sostanza giuridica. « O Alunno di Temi » così sembrano parlare al giurisprudente, « mettiti innanzi il gran libro della natura, leggi in esso senza preoccupazioni il capitolo che s'intitola del diritto, e ciò ti

il concetto dello *sviluppo naturale* a sistema nella teoria dell'evoluzione, in base alla quale indaga le origini del diritto nel fondo della natura ». V. anche Brugi, *I Romanisti della scuola storica e la sociologia contemporanea*. In contrario v. Vanni, *I giuristi della scuola storica di Germania nella storia della sociologia e della filosofia positiva*, Milano, 1885.

basterà. Ivi vedrai specialmente le norme più rudimentali ed incomplete lentamente sparire, e non resistere che le più semplici, e le più utili. Queste condurranno alla unità ed universalità il diritto: il quale come un grande albero, cresciuto, sviluppato, fatto gigante per l'ingrandimento e la trasformazione de' suoi organi, raccoglierà sotto i suoi immensi rami tutti gli uomini, e spargerà su di loro un'ombra uguale e benefica. » Con simili immagini ed allegorie la scuola positiva si ripromette di rifare tutta la scienza giuridica, di restaurarla *ab imis fundamentis*, e condurla alla sua unità ed universalità su basi più ferme e sicure, a suo credere, di quelle che pose ad essa la metafisica, e particolarmente la scolastica. Ma s'inganna, perchè le forme del diritto, cui essa si appoggia, sono cosa troppo locale e transitoria. Il loro stesso perfezionamento è affatto indifferente al contenuto del diritto, alla sua unità, ed universalità. Ciò che in sè stesso è giusto od ingiusto non cambia, sia che venga racchiuso in sentenze, in un corpo di tradizioni trasmesse di generazione in generazione, o se ne consolidi la materia in un codice di leggi. Le ingiustizie ed iniquità del diritto quiritario non si mutarono in giustizia ed equità, passando dai *mores majorum* nelle XII Tavole. Così non addivenne cosa giusta la distinzione delle caste, passando dai costumi nelle legislazioni e nei codici orientali. Le forme più perfette servono a realizzare certi fini, quali l'uniformità, la sicurezza, la fedeltà; ma non possono far sì che il torto divenga diritto, e giusto l'ingiusto. La giustizia è

di tale natura, che può contenersi senza ripugnanza alcuna eziandio nelle forme più rudimentali ed imperfette. Ad essa sono indifferenti tutti i fenomeni immaginabili di differenziazione, e generalizzazione, quando le idee che si differenziano e generalizzano, non rappresentano le esigenze naturali dei rapporti, e non soddisfanno alle medesime. Così, per esempio, a che giovò nel diritto romano, che la *manus*, la quale primitivamente rappresentava il potere del *pater-familias*, si distinguesse poscia in *patria potestas*, in *dominium*, ed in *manus maritalis*, quando il carattere etico-giuridico rimase lungo tempo il medesimo, quello cioè di una potestà assoluta, e non fu quistione che di grado? Da una differenziazione che ordinariamente non è se non una specificazione in rapporto agli oggetti cui si applica, come per esempio, la distinzione del *ius in rem*, *in personam*, e misto, il contenuto ideale del diritto non si avvantaggia quanto alla sostanza; crescono, si moltiplicano solo le modalità. Lo stesso dicasi della legge di adattamento, ossia dell'influenza dei tempi, dei luoghi, dei climi, con questo di più, che se vi ha una legge, la quale non applicata debitamente alle cose dell' ordine morale, non solo sia atta ad illudere, ma conduca ai maggiori assurdi, ella è per lo appunto questa. Imperciocchè esagerandone la portata, tutto ripetendo dalle circostanze, e nulla dalla comunanza della natura razionale, sembrerà che i principii del giusto mutino con le età, coi luoghi, coi popoli; e si finirà quindi per negare l' unità ed universalità dei principii medesimi, oppure si accette-

ranno tutti come espressione di una giustizia che si svolge, quantunque possano essere o sieno realmente al sommo opposti e contradditorî. Onde non è meraviglia che taluno abbia, per esempio, ragionato intorno al principio etico nella guisa che segue: « Appunto perchè la morale come *scienza* ha questi obbietti, che dalla storia apprendiamo mobili secondo lo sviluppo della civiltà dei popoli, e l' ambiente sociale del loro sviluppo, è una scienza che partecipa alla legge di evoluzione generale; che si modifica secondo l' avanzamento o meno delle concezioni sociali. Io credo a una morale *antropofaga*, a una morale *selvaggia*, a una morale *elevata*, a una morale *sociale*, ecc.[1] » Alla quale stravagante teoria fa condegno riscontro la seguente dichiarazione di un altro. « Indarno voi ci parlate di principii assoluti ed eterni; un principio non è che la sintesi di fenomeni propri ad un determinato stadio della evoluzione dell' umanità. La proprietà, l' eredità, il salariato, la cui giustificazione invocate da' principii supremi del diritto di natura, non sono che il prodotto transitorio di un dato stadio in questa (come Goethe ebbe a dirla) eterna malattia del movimento storico umano; e questi stessi principii di moralità e giustizia, che voi accampate ad ogni istante come base suprema del civile consorzio, che cosa son essi se non la produzione ideologica di rapporti sociali transituri? Riflesso fuggitivo

[1] Vadalà-Papale, *Morale e Diritto nella vita*, p. 202, Napoli, 1881.

di un' epoca, scenderanno nella tomba con essa; e come la morale dei giureconsulti romani appare a noi rivoltante, così la nostra morale apparirà profondamente immorale ai filosofi delle venture età. Tale, o signori, è la deduzione sociale del darwinismo. »[1]

Il monismo dei positivisti, oltre presupporre uno svolgimento formale, ne afferma eziandio uno psichico delle idee corrispondenti nell' uomo; idee, che le generazioni si trasmettono generalizzandole, rinnovandone

[1] *Commemorazione solenne in onore di Carlo Darwin nell' Ateneo Senese* (21 Maggio 1882), Discorso del Prof. A. Loria, p. 16, Siena 1882. A lode del vero l' oratore mostrò di rifuggire dalle ultime conseguenze del sistema applicato alla scienza sociale: una delle quali sarebbe stata, egli stesso lo disse più innanzi (p. 18), la piena giustificazione delle maggiori iniquità. Vedi anche Schiattarella, I *presupposti del Diritto scientifico*, p. 73 e ss., Palermo 1885, ed. 2ª; e specialmente l' opuscolo del medesimo, *Il monismo e la questione del metodo nel diritto scientifico*, ove si sforza di mostrare contro il Meyen *(Die Rechtsphilosophie nach den Principien der Wissenschaftstlehre)*, che negare l' identità fondamentale della coscienza etico-giuridica dell' umanità, non è cosa la quale impedisca il concepire e l' eseguire un corso di diritto scientifico. Tuttavia anche il Meyen ebbe torto di asserire in modo troppo assoluto, che le diverse manifestazioni della coscienza morale dell' umanità sieno come rami diversi di un albero solo, e gradazioni di una unità primitiva; senza tener conto di quelle idee e di quei costumi, che avrebbero meritato meglio si dicessero degradazioni e degenerazioni. Su questo punto importante getta molta luce l' opera dottissima del barone De Portal intitolata *La politique des lois civiles, ou science des législations comparées,* (Tomi 3, Paris, 1873-74-77), che il lettore potrà consultare con grandissimo frutto.

i germi in armonia coi progressi della civiltà, col rinnovarsi dell'ambiente morale, con l'avvicendarsi delle fasi sociali. In tale sistema, mobile è lo stesso centro, intorno cui si aggira il lavorio intellettuale, e d'onde trae la certezza ed i responsi, che abbisognano all'umanità. Tutto regge l'esperienza; tutto determinano i moti inconscii, i ciechi istinti, i desiderî utilitarî. La necessità ed universalità del diritto è costituita dalla necessità ed universalità di detti moti, istinti, e desiderî, senza distinzione di buoni e di malvagi, di onesti e di disonesti, di giusti e d'ingiusti, purchè giovino a qualche cosa. Quanto non fu che esperienza nei maggiori, venne dai posteri preso per illusione come principio assoluto, universale, ed invariabile. In effetto è l'attività umana, la quale costituita da quegl'istinti e desiderî, e resa consapevole del proprio valore per l'accumularsi, contrarsi, ed ereditarsi delle abitudini, e pel formarsi dell'associazione delle idee, si afferma come diritto; o per motivi tratti dall' istinto sociale apprende a regolarsi in faccia agli altri, e dà origine a ciò che si appella dovere. Come questo è il risultato di una trasformazione di regole di condotta, variabili, contingenti, ed affatto sperimentali, così il diritto, pei positivisti, non è altro che un sistema di forze, che si sviluppa per una intrinseca necessità attraverso le età ed i popoli, e viene per naturale selezione determinandosi nel senso di quello che è più utile. Laonde carattere universale del diritto è quello di riuscire un giuoco, un calcolo d'interessi dapprima puramente indi-

viduali ed egoistici, poscia anche sociali e d'altrui. Così il giusto non è in tal sistema che brutale egoismo, trasformato per un necessario svolgimento della materia del diritto; un lavoro o processo meccanico, di cui fa d'uopo accettare tutti i prodotti come naturali. Questi dal positivismo non si considerano sotto altro aspetto, che quello della loro quantità; la qualità interna è per esso del tutto indifferente, e non ha valore alcuno la distinzione del diritto naturale, e del positivo. Imperocchè la nuova filosofia risguarda il diritto universo come una manifestazione continua del suddetto svolgimento umano, come un fenomeno non diverso dagli altri fenomeni naturali; e considera le leggi etico-giuridiche in perfetta relazione con le leggi o forze comuni del cosmo. Quindi per essa le scienze morali sono legate alle naturali con vincolo etiologico; l'operare etico è soggetto rigorosamente alle stesse leggi che reggono i fenomeni della natura. E poichè da questi non può svolgersi altra virtù, che quella che muove, costringe, ed assorbe, così il positivismo, secondo quanto dichiarò lo stesso suo fondatore, Augusto Comte, non ammette che doveri in tutti e verso di tutti, non soffre alcun diritto fondato sulla personalità.[1] Le singole società che si organizzano a traverso quei fenomeni, traggono seco gl'individui; i quali, pel positivismo, non opereranno mai secondo giustizia, se non conformando le proprie azioni alle condizioni sociali, ed adat-

[1] *Cours de philosophie positive*, Tom. VI, p. 454, éd. 2.ª

tandosi ad esse. Nè faccia meraviglia tale disprezzo della personalità dell'uomo: imperocchè i positivisti non hanno di questo altro concetto, che quello di un animale perfezionato; e fra l'uomo ed il bruto non riconoscono alcuna differenza di natura e di specie, ma soltanto di grado. Perciò si sono da essi immaginate necessarie relazioni di sviluppo fra gl'istinti dei bruti, e le facoltà morali dell'uomo, fra le aggregazioni di quelli, e le società di questo; onde taluno crede per fermo, che si debbano rintracciare nel regno animale i dati per costruire scientificamente la genesi della coscienza giuridica, e fondare la dottrina dell'etica e del diritto. [1] A tale estremo può dubitarsi molto, che il nuovo sistema possa soddisfare, come quello che oltre distruggere ogni regola fissa, costante, ed universale a profitto di forze variabili, contingenti, particolari; oltre ragionare dell'etica e del diritto come si ragionerebbe della materia cosmica, offende l'uomo ne' suoi più intimi e nobili sentimenti.

[1] Vedi Schiattarella, *Op. cit.*, p. 7 e ss., p. 137 e s., p. 175; Puglia, *G. Romagnosi e l'odierno evoluzionismo giuridico* (Rivista di filosofia scientifica, Vol. V, serie 2, giugno 1886, p. 341); Ciccotti, *Introduzione alla storia generale del diritto*, Torino 1886; Vadalà-Papale, *Op. cit.*, p. 29 e ss., pag. 198 e ss.; Traina, *Dati positivi nella evoluzione del diritto*, p. 74 e ss., Torino 1882; Cogliolo, *La teoria dell' evoluzione nel diritto privato*, Prelezione, Camerino 1882; Zani, *Il diritto secondo la legge di evoluzione*, Saggio, Mantova 1881.

CAPITOLO TERZO

Della negazione del diritto naturale, e tipi arbitrarî di diritto perfetto.

Semplicità, armonia, unità di giudizio, ed un insieme di regole atte a mantenere gli uomini in una comunanza di diritto, furono gl'ideali che, senza distinzione di scuole, si rappresentarono i giureconsulti romani. Per conseguire questi ideali Proculejani e Sabiniani finirono coll'intendersi, e dal loro accordo cominciò il progresso della giurisprudenza di Roma. Ora la suddetta semplicità, armonia, unità, ed eguaglianza giuridica essendo i caratteri costitutivi del gius di natura, questo venne considerato dai romani come un tipo di perfezione. Come tale avevalo già rappresentato loro la più profonda filosofia che fiorisse nell'antichità, cioè la filosofia socratica; senza l'aiuto della quale, io son di credere, che difficilmente il diritto romano sarebbe riuscito superiore a quello degli altri popoli, e tanto meno poi avrebbe potuto aspirare alla universalità. Quella filosofia contribuì a rompere i legami che tenevano avvinta l'opinione volgare al sistema rigoroso ed egoistico, cui i Romani si erano primitivamente abituati. Dalla universalità dei

costumi, osservata al lume di essa, furono portati a risguardare il *jus gentium* come un prodotto di esigenze naturali. Chè se dapprincipio l'ebbero accolto più per disprezzo, e per non dare allo straniero i vantaggi del diritto civile nazionale; poscia meglio consigliatisi, cercarono di avvicinarsi ad esso, correggendo il proprio diritto, e dando a quello la superiorità che meritava. L'idea di una legge di natura o gius delle genti, costituito di precetti semplici ed armonici, uno ed eguale per tutti gli uomini; idea resa più precisa, e messa in tutto lo splendore del vero dalla filosofia cristiana, fu coltivata, e direi quasi idolatrata dai giuristi della età di mezzo. Essa giovò assai ad unificare la giurisprudenza in detta epoca, a vincere gli ostacoli che opponeva il barbaro sistema feudale con le sue arbitrarie distinzioni di persone, e di cose. Infatti il diritto naturale non poteva conoscere confini di paesi, nè frontiere di provincie o municipii, e disdegnava ogni distinzione legale di nobili, di borghesi, e di terrazzani. Alla decadenza dello stato romano, alla cui unità aveva giovato immensamente lo estendersi della giurisprudenza, supplì più efficacemente ancora l'unità della Chiesa cattolica, offrendo alla scienza del diritto nuovi e più potenti sussidî nelle dottrine dei padri, nella filosofia degli scolastici, e nelle disposizioni del diritto canonico, riconosciuto ed accettato ben presto in tutta Europa.

Mentre questo diritto presso molti popoli si fondeva col diritto comune, riformando parecchie fondamentali

istituzioni secondo lo spirito del cristianesimo; quella filosofia riconosceva nel diritto delle pandette una scienza che, sotto il rispetto della giustizia naturale, aveva aiutato le genti ad accogliere la giustizia del vangelo. Tale fu il sentimento espresso da Alberto Magno, e suggeritogli da quella profonda sentenza di S. Paolo, che « la giustizia si rivela di fede in fede ».[1] Ebbero lo stesso concetto delle leggi romane S. Tommaso ed i suoi discepoli, come appare da vari luoghi del libro *de regimine principum*, che l'Aquinate scrisse in gran parte, e che Tolomeo di Lucca, suo discepolo, continuò.[2] Così l'opera della giurisprudenza era rivolta ad un unico scopo, a quello cioè di realizzare il perfezionamento della giustizia naturale per via della giustizia cristiana, ed a diffondere questa sulle basi di quella. L'autorità stessa della Chiesa aveva contribuito alla conservazione delle leggi romane, e rispetto alla dottrina del giusto non esistette in quest'epoca alcun antagonismo fra teologi e giuristi. La teoria del diritto naturale tratta dai primi alle sue più alte sorgenti, e destinata ad informare il diritto positivo, forniva ai secondi l'ideale, i concetti fondamentali, ed il metodo. In ciò deve vedersi una delle cause, anzi la prima, del mirabile accordo che allora regnava tra i giuristi circa i sommi

[1] A. Magni, *De sacrif. Missae*, tr. I, c. II, *Opp.* t. XXI, « *et hac iustitia etiam iustitiam legis Christi cognoverunt et acceperunt* ».

[2] III, 4, 5, 18, 20-22.

principii: accordo il quale faceva di loro una vera e compatta società d'intelligenze; onde la giurisprudenza potè addivenire una scienza universale. Il pensiero del giurista di un luogo risparmiava grandi sforzi intellettuali a quello di un altro; l'uno continuava l'edificio cominciato dall'altro; il tribunale di un paese esercitava la sua influenza sulla pratica di un altro.[1] D'allora in poi la missione della giurisprudenza doveva essere quella di espandersi, e spargere ovunque i semi della giustizia. Ma conveniva che la dottrina su cui fondavasi, non fosse scossa; che non si alterasse il genuino concetto del diritto naturale; che l'ordine giuridico non fosse separato dall'etico; che la giurisprudenza non si distaccasse da Dio, non si dichiarasse indipendente, e cosa affatto umana. Per isventura a questo si venne col protestantesimo, quando Grozio per un errore, al dire di Vico,[2] imperdonabile, annunziò che il suo sistema giuridico reggevasi, e stava fermo anche senza Dio; quando specialmente in Germania trovò favore il razionalismo od individualismo di Tomasio, primo a proporre una separazione *reale* fra il diritto e l'etica: razionalismo perfezionato da Kant, e diffuso in Francia da Monte-

[1] Vedi Ihering, *L'esprit du droit romain*, Tom. I, p. 10, trad. Meulenaere; Sala, *Del rinnovamento dei buoni studî giuridici in Italia*, p. 258, nota, Torino 1870; Savioli, *Il metodo storico nello studio del diritto civile italiano*, Prolusione, p. 20, Palermo 1885.

[2] *Opere*, Tom. IV, lib. I, c. V, *Principii di una scienza nuova*, p. 5, Napoli 1859.

squieu, da Rousseau, e seguaci.[1] Il diritto naturale venne travisato sotto la forma assurda di uno stato immaginario di natura; la quistione del diritto civile e politico fu determinata con l'idea di una legge universale di assoluta libertà ed indipendenza naturale, di una uguaglianza individuale, concreta di diritto, e confortata di parecchi altri sofismi anarchici, come ebbe a qualificarli ottimamente Bentham: i quali indussero nel volgo l'abitudine di disprezzare qualunque legge, che non realizzasse l'ipotetica e stolta libertà ed eguaglianza; posero nei dotti la smania dei sistemi, e get tarono la confusione in tutta la giurisprudenza.

Fu, non è guari, avvertito, che in ispecie l'ipotesi dello stato di natura contribuì largamente all'opera distruggitrice della rivoluzione francese:[2] ciò è vero, ma vi ebbe una gran parte, se non la maggiore, anche la proclamata indipendenza della morale e del diritto; la quale bandì dalle leggi qualunque tradizione religiosa, e le rese estranee a qualsiasi principio, che non venisse dall'uomo, e fosse superiore alla sua volontà. Ne uscì un codice nè cattolico, nè protestante; un codice senza Dio, in cui l'individuo è, per così dire, la legge vivente. Per esso ogni problema di diritto puro si traduce in pratica in una quistione di proprietà, ed assume carattere d'egoismo. « Questo codice, scrive Renan, sem-

[1] Prudhon, *La justice dans la révolution et dans l'Église*, Tom. I, pag. 84, Fouillée, *Op. cit.*, p. 178, 182, 220.

[2] Sumner Maine, *L'ancien droit*, c. IV, trad. Courcelle Seneuil, Paris 1874.

bra fatto per un cittadino ideale, che nasce trovatello, e muore scapolo; tutto vi è passaggero e temporaneo; i figli sono un inconveniente pei padri; ogni opera collettiva e perpetua è vietata; le unità morali, le uniche vere, sono disciolte ad ogni decessione; basta essere avveduti per aver doveri meno che sia possibile; uomo e donna sono gettati nell'arena della vita alle stesse condizioni; la proprietà non è conosciuta come cosa morale, ma come l'equivalente di un godimento, che può sempre valutarsi in danaro. »[1] Ed a sua volta un severo giureconsulto italiano, conoscitore profondo dei mali che travagliano la società moderna (sebbene esageri tal fiata, ed erri gravemente in ispecie in materie estranee al diritto) scrivea: « Basta un fuggevole sguardo alla *legislazione borghese*, per vedervi sì nel diritto civile, e sì nel penale il vizio radicale dell'ingiustizia. Avvegnachè la borghesia, s'anco volesse esser giusta, non avendo in pregio altri interessi, che gli economici, naturalmente sottopone a' medesimi tutti gli altri. I favori quindi, che ella concede alle ricchezze, non dovevano limitarsi agli onori spontanei, agli omaggi morali, e alle prerogative politiche; ma altresì trasfondersi nel suo privato diritto. Il quale si può riassumere nella tutela fiera e gelosa della *proprietà*, dimenticando o conculcando tutti gli altri sociali e umani beni. Di che appunto nessuno s'ac-

[1] *Questions contemporaines*, Preface; ed un articolo sulla filosofia della storia di Francia.

corge, perchè più nessuno sa concepire, vi sieno beni, che non sieno materiali, da tutelare. L'istituto della famiglia e quello della religione (per esempio) sono altrettanto essenziali alle umane consociazioni, quanto la proprietà. Pure a nessuno calse, che l'uno in men d'un secolo si logorasse, e l'altro in men di quattro lustri si combattesse come un nemico vile. E fuori, e al disopra della società, sonovi altri diritti assai più sacri, come (per esempio) la libertà; di cui nessuno ha pur sospettato, potesse fornire argomento a leggi ampie, dichiarative. Nella congerie di responsi, di editti e di costituzioni, che prende il nome di *Corpo del Diritto Romano*, benchè raccozzata in momenti di decadenza e di servitù; nel diritto canonico, nello statutario, e nel consuetudinario, non erano del tutto negletti questi altri interessi, beni e istituti, cui io accenno. Però, quando la borghesia francese raccolse o intese di raccogliere nel suo codice civile, che servì poi di modello al nostro, e a parecchi altri, lo sparso diritto privato; tranne che alquanto della famiglia, si può dire, non si curò d'altro che della proprietà. »[1] Le conseguenze poi che nei rapporti pubblici dovevano derivare dagli errori della filosofia acattolica, e specialmente dal falso modo d'intendere il diritto naturale, possono vedersi espresse con tutta chiarezza nei libri stessi degli antesignani di essa, Hobbes, Spinoza, Rousseau; secondo i quali da uno stato di natura, in cui tutti hanno diritto

[1] Pietro Ellero, *Opere*, Vol. III, p. 235, CLX.

a tutto, si passa per patto ad uno stato civile, in cui la sovranità è la fonte e l'ultima ragione del diritto, e della giustizia;[1] in cui nessuno può avere altri diritti fuor di quelli che gli accorda il diritto comune, qual'è determinato dal potere della moltitudine, ossia dalla sovranità:[2] ad uno stato civile in fine, da cui è largita la moralità e la giustizia, e nel quale la libertà consiste nell'ubbidire alla legge imposta dalla volontà generale.[3] Anche la statolatria di Hegel ha in quei principii la sua origine.

Si notava più sopra che Bentham qualificò meritamente come sofismi anarchici i principii, che i filosofi francesi ricavarono dalla imaginaria ipotesi dello stato di natura. Fra essi il più grave fu quello della uguaglianza concreta di tutti gli uomini; equivoco la cui soluzione, al dire del Taparelli, formò nel terminare del secolo scorso l'incantesimo di tanti cervelli tumultuanti.[4] Ma tale principio non incontrò solamente la riprovazione dei giuristi inglesi; nella stessa Francia fu criticato, combattuto, discreditato. Per isventura s'involse nel discredito anche il principio della vera uguaglianza, cioè quella degli uomini in quanto sono tali. Cominciarono i sansimoniani a dichiarare, come eglino credessero alla disuguaglianza naturale

[1] Hobbes, *Leviathan*, c. 14; *De cive*, c. VIII, 10, X, XII, 1.
[2] Spinoza, *Tract. politic.*, c. II, 16, 17, 19.
[3] Rousseau, *Contrat social*, lib. I, chap. 6, 20, p. 25, 26.
[4] *Saggio Teoretico di diritto naturale*, Vol. I, p. 276, nota XLVI, Napoli 1850.

degli uomini:[1] nuovo errore, il quale dura tuttora, e si conforta con pretese scoperte nel regno animale sulla differenza delle razze, e col sussidio delle idee messe fuori da Darwin sulla selezione naturale, sulla eredità, ecc. Con esso tornarono a confondersi più gravemente le cose; imperocchè, come i sofisti del secolo XVIII confondevano l'uguaglianza perfettissima di natura, che è in tutti gli uomini, con la falsa uguaglianza di tutti gl'individui fra loro; così i sofisti contemporanei confondono la disuguaglianza verissima degli individui, per ciò che s'aspetta alla individualità, con la falsa disuguaglianza, perciò che s'aspetta alla specie. E questa confusione poi è più grave, perchè se con l'ipotesi dello stato di natura si esagerava l'uguaglianza naturale, almeno si parlava e disputava per l'uguaglianza; oggidì si combatte, esagerando l'opposto. Se pel principio dell'uguaglianza individuale, fatta derivare da un diritto di natura falsamente concepito, si correva pericolo di uguagliare ciò che natura ha fatto disuguale, come sono le condizioni individuali; di presente la giustizia sociale è posta in maggior pericolo, in quanto che s'impedisce di poter ragguagliare gli uomini in quello che s'aspetta ai diritti dell'umanità.

Altri equivoci fatti per iscreditare vie più il diritto di natura, e generati dai sofismi del secolo XVIII, concernono l'indipendenza naturale: la quale per chiun-

[1] *Programma diretto alla Camera dei Deputati nel 1830.*

que ha fior di senno, altro non significa, che il diritto spettante all'uomo di regolarsi coi lumi della sua ragione; e non già che la tale o tal'altra persona debba essere assolutamente indipendente. Questa anzi per isvariate condizioni di fatto può trovarsi del tutto dipendente da un'altra. Non nascono forse nella più grande dipendenza tutti gl'individui? Aveva dunque ragione Bentham di porre fra i sofismi anche l'indipendenza, quale la concepirono i filosofi della rivoluzione francese. Ma come i sansimoniani non si opponevano agli errori di questi filosofi per amore del vero; così neppure Bentham attaccò i principii dell'ottantanove per desiderio di ristabilire i veri principii del diritto naturale, bensì per distruggere di questo persino il nome. Imperocchè pensava, che « le leggi naturali, il diritto naturale fossero metafore, invenzioni, finzioni ». Egli non attribuiva altro significato alla legge naturale nell'uomo, che quello che ha rispetto agli animali irragionevoli; intendendo per essa, solo le naturali inclinazioni, gl'istinti, e quanto chiamasi legge in senso improprio, per non avere virtù di obbligare.[1] Recentemente il Fouillée, scrivendo intorno al concetto del diritto secondo la filosofia francese, ha cercato di attenuare la gravità degli equivoci, in cui questa cadde, e li ridusse al non aver avuto coscienza del suo idealismo. Secondo questo critico, i filosofi ed i giuristi di

[1] Bentham, *OEuvres*, Tom. I, p. 46 e ss., p. 512 e ss., p. 523 e ss., 3.ª ed. Belga.

Francia ebbero torto di parlare di *diritto naturale*, mentre avrebbero dovuto parlare di *diritto ideale*: perchè, ei dice, « la natura non conosce il diritto, il quale appare soltanto nel pensiero dell'uomo ».[1] Ora non si sarebbe potuto porre meglio il suggello alle censure del giureconsulto inglese, che negando l'*esistenza reale* del diritto di natura. Non dicevamo infatti poc'anzi, che Bentham lo combatteva come una chimera? Non si comprende però come per dissipare l'illusione di uno stato di natura, retto da fantastiche leggi di uguaglianza ed indipendenza individuale, si dovesse fra gli uomini negare l'esistenza di reciproche relazioni etico-giuridiche, ossia di diritti e di doveri derivanti dalla natura umana, anteriori ad ogni legge positiva, ed ordinati a costituire e conservare gli organismi sociali. Imperciocchè in questo, e non in altro consiste il diritto naturale.

Perdurando gli equivoci, benchè sotto aspetto diverso, dovevano attendersi nuovi sogni, e nuove utopie. Queste ci vengono ora dai naturalisti, i quali partendo dalla ipotesi di uno stato selvaggio primitivo, aspirano a forme di vita giuridica e sociale superiori a quante fino qui ebbero vigore. Si preconizza uno sviluppo tale, che non vi sarà più bisogno di giudici, di codici, di leggi; e una disposizione universale di cedere ad altrui, compensata dal rifiuto di accettare più di quello che sia dovuto. Si calcola sui sentimenti di simpatia, di

[1] Fouillée, *Op. cit.*, p. 349.

benevolenza, come se questi bastassero per l'uomo, e non vi avesse d'uopo del freno della giustizia per moderarne l'egoismo. Anzi si sogna un tempo, in cui nessuno avrà sforzi da fare per rispettar il diritto dei suoi simili, così che non vi debba essere neppure bisogno di parlare di giustizia per mancanza di oggetto. S'imagina un nuovo stato di natura perfezionato per il giuoco delle forze stesse contenute in essa, e pel progredire spontaneo degl'istinti. Non vi ha regola o principio, che in vista di sua indefinita perfettibilità non meriti rispetto. Non vi ha prodotto dell'ordine giuridico, che possa essere condannato *a priori* come cattivo; della scelta si occupa la natura stessa, il cui progresso *continuo* ed *indefinito* vuolsi governato da una necessità benefica. A tutto ciò è ovvio il rispondere, che per ordinare secondo giustizia i rapporti sociali, per comporne l'organismo e regolare i casi della vita, l'uomo non può attendere i risultati del suddetto progresso; che la giurisprudenza non può aspettare che si realizzino le speranze di quei filosofi; che essa riposa su principii certi ed inconcussi, e non su quelli prodotti dalle circostanze, sviluppati dal tempo, e suscettibili dalle maggiori trasformazioni; che essa abbisogna di giudizî giuridici assoluti, costanti, a tutti noti, e sentiti come cosa comune; che infine non potrebbe accettare, come titolo del rispetto ai diritti, cose temporanee e condizionali. Laonde si fa palese, che se i criteri della scuola storica, e più ancora quelli del positivismo avversano l'unità ed universalità della giu-

risprudenza, come abbiamo dimostrato nei due capitoli precedenti; le false concezioni, che lo scetticismo in genere oppone alla idea genuina e tradizionale del diritto di natura, non solo spogliano la scienza delle sue doti più preziose, ma la sovvertono totalmente.

CAPITOLO QUARTO

Del decadimento attuale della filosofia e delle dottrine giuridiche.

Lo studio che avrebbe potuto meglio di ogni altro servire a correggere gli errori sullo stato di natura, cui si esposero i legisti e i giurisprudenti del secolo XVIII, sarebbe stato quello delle tradizioni bibliche, rinnegate e disprezzate dalla scuola di Rousseau e di Voltaire. Così pensa, e con ragione, il Sumner Maine,[1] il quale poteva soggiungere (se non fosse stato impedito da alcuni pregiudizî comuni a parecchi giuristi inglesi, e provenienti dall'utilitarismo) che uno studio delle sacre Scritture fatto con ispirito veramente sincero, avrebbe potuto tenere lontano eziandio gli errori fondamentali dell'attuale empirismo. Imperocchè esse racchiudono insegnamenti, che ne contraddicono apertamente le teoriche; fatti che ne condannano le ipotesi; ed « una legge « per usare le parole del Vico, » sì ripiena di dignità circa i dogmi della divinità, e sì ricolma di umanità circa le pratiche della giustizia, che neppure negli umanissimi tempi della Grecia l'intesero

[1] *Op. cit.*, c. IV. p. 85.

i Platoni, la praticarono gli Aristidi »,[1] A tali fonti si sarebbe appreso a conoscere l'inseparabile nesso di tutto il diritto speculativo e pratico con la moralità oggettiva: la giurisprudenza, che non si restringe ad interpretare, ma inventa, organizza, giudica le leggi positive, e ne pone i principii, vi avrebbe trovato risolute le più alte quistioni, e n'avrebbe tratto tanto lume, da verificare ad una ad una tutte le idee, intorno alle quali essa si muove. Non trattavasi d'altronde di una scienza che fosse tutta da rifare. Bastava riprendere e continuare le tradizioni, servendosi degli elementi teorici apprestati all'uopo dalla teologia e dalla scolastica; le quali diedero l'idea di ciò che è eterno ed universale.[2]

Si dirà forse che quelle fonti erano venute in discredito dopo la Riforma; che la scolastica rimase come una pianta parassita in mano di quegli stessi novatori, i quali, non credendo doversi favorire del tutto le formole che separavano il diritto naturale dalla religione, ritennero di quella filosofia quanto più seppero. Ciò non si può negare: provenne però dall'essersi offuscata l'idea cattolica del diritto, e perduto in gran parte il verace spirito del cristianesimo. Inoltre i danni furono immensi; perciocchè gli errori, le negazioni, le

[1] *Opere*, Vol. IV, lib. II, cap. XLVII, *Principii di una scienza nuova*, p. 73.

[2] Pensieri consimili trovo espressi dal ch. avvocato Calgarini nella Prefazione del giornale l'Irnerio alla pagina XXI (Bologna, Gennajo 1855).

utopie che, come abbiamo veduto nel capitolo precedente, tennero dietro all'opera di separazione iniziata dalla Riforma, e compiuta dal criticismo, disciolsero quella società universale di giuristi, che s'intendevano mirabilmente sui punti fondamentali del giure, e che costituivano un altissimo grado di perfezione. La giurisprudenza cessò dall'azione unificatrice; i suoi responsi assunsero un carattere d'individualismo. In luogo di subordinare le idee e gl'interessi nazionali a quelli di tutta la cristianità, a poco a poco diede loro il primato; ridusse la scienza comune del diritto ad una mera dichiarazione soggettiva di particolari diritti, e finì per divenire puramente locale ed affatto relativa. La stessa tecnica legale si risentì, massime in Germania, dell'abbandono della scolastica, la quale oltre il congiungere il pensiero giuridico ad ideali elevatissimi, aveva anche perfezionato l'arte del disputare. Laonde Savigny ebbe a notare, che i giuristi alemanni del secolo scorso mancarono non solo di capacità a raccogliere quanto v'ha di caratteristico nella storia del diritto; ma furono eziandio privi di quella capacità, che afferra le idee nel loro vero e naturale rapporto.[1] Oggidì poi lamentasi da tutti il decadimento della giurisprudenza tedesca. Nè quella degli altri paesi è in maggior fiore, perciocchè difettano ovunque i princi-

[1] *Della vocazione del nostro secolo per la legislazione e la giurisprudenza* (*Trattati di giurisprudenza storica*, Vol. II, p. 128 e s.)

pii filosofici ed il metodo. Anche fra noi è grande lo scadimento intellettuale. « La scienza che compone (ripeterò le solenni parole di un oratore e filosofo italiano illustre e non sospetto) la scienza che sintetizza, la scienza che intuisce, la scienza che dà il tutto o tenta di darlo, e col mirarvi e col tentarlo, schiude ed apre le vie di nuove ricerche, questa è in decadenza in Italia ».[1] Ciò proviene dall'essersi avvilito lo spirito speculativo: quindi rispetto al nostro argomento, in Italia, dice Pescatore,[2] le influenze disastrose dell'empirismo, ed il disprezzo del metodo rigoroso spesso pongono in pericolo la giustizia e la sicurezza degl'interessi privati. I giudici, i legisti in genere, aveva già scritto Erio Sala, non sorretti da buoni studî antichi e nuovi, vinti dalla prepotenza di ciò che la lettera delle leggi loro impone, sono tratti a certi raziocinii e giudizii, che possono dirsi « la negazione della legge e della sapienza ». E così facendo, a parere dell'autorevolissimo scrittore, operano in parte per difetto personale, in parte per difetto di un tempo, com'è il presente, in cui l'amore dei buoni studî è cessato non solo, ma si crede impossibile, e ridicolo dar mano a svolgere i volumi antichi. Quando le quistioni sono difficili, quando in ispe-

[1] R. Bonghi, *Discorso pronunciato alla Camera dei Deputati il 2 dicembre 1886* (Vedi la Cultura, An. V, Vol. 7, nn. 19, 20).

[2] *Filosofia e dottrine giuridiche,* Vol. I, p. 63. Torino 1874.

cie vengono a complicarsi con esse quistioni elevate di filosofia giuridica, di etica generale, racimolasi quà e colà qualche teoria moderna più in voga, più adatta a giustificare una determinata opinione; senza approfondirne lo studio, senza investigare, se le si oppongano dottrine contrarie e più vere; senza discuterne i fondamenti storici e razionali. Così va creandosi, soggiunge il Sala, « una giurisprudenza imperfetta e monca, che sarà tra breve guardata con dispregio e compassione; se avvenga che con forte e potente volontà si dia mano di nuovo ai robusti, e profondi studî di un giure imperituro ». E come nei tribunali, così nei libri di diritto moderno la giurisprudenza, sempre a parere del sopra citato autore, se ne va povera e nuda di vera sapienza, « perchè priva di larghe basi e larghe vedute ».[1]

Nella esistenza di questi mali tutti concordano, ma non così nei rimedî. Sono di quegli, che vedono nell' applicazione del metodo positivo il mezzo per far risorgere la giurisprudenza. Scorgono nella tendenza, che in certuni si è manifestata, di applicare al diritto la teorica del positivismo, un fausto presagio di miglior avvenire; e si confortano all'idea, che la giurisprudenza dominata, com'essi dicono, dal senso storico e dalla filosofia positiva, segua la corrente del pensiero giuridico moderno.[2] Quanto questi s'illudano, e come i

[1] Sala, *Op. cit.*, p. 182 e seg.

[2] Vedi Cimbali, *La nuova fase del diritto civile*, Introd., p. 7, Torino 1885; Chiappelli, *Archivio giuridico*, Vol. XXVI, p. 313 e s.

nuovi principii lungi dal risanare la giurisprudenza, ad altro non servano, che a spingerla all'ultima sua rovina, parmi che risulti abbastanza chiaro dalle cose esposte circa gli errori che tennero dietro alle influenze disgreganti del criticismo, al disprezzo delle veraci fonti, e che, secondo noi, sono appunto la cagione precipua dell'attuale decadimento.[1] Altri perciò più saviamente pensando, e conosciuto l'imperioso bisogno di ritemprare i languenti studî giuridici a pure fonti, propongono di far ritorno ai grandi giureconsulti dell'età di mezzo. Ne rifrugano ovunque con indicibile ardore i polverosi volumi; invitano la gioventù a studiare negli antichi commenti e trattati i dogmi del diritto, l'origine, e lo svolgimento delle idee e delle massime giuridiche. Questo risveglio, tuttochè parziale, è al sommo buona ed opportuna cosa, a condizione però che gli studî non si limitino alla superficie, ma si vada con essi fino alle ultime e secrete ragioni di tutto il movimento giuridico, che quei dottori rappresentano. Ora tali ragioni sono riposte in quella forte e sana filosofia, che dettò ai più celebri il metodo; che abilmente sposata alla sapienza romana suggerì loro le grandi linee inflessibili, cui coordinavano le variazioni della pratica; che informata al verace spirito del cristianesimo, rese possibile il contemperamento dei dettati della ragione eterna, con quelli della ragione civile, e dell'assoluto col relativo. Di questo metodo e

[1] Più speciali osservazioni verranno fatte in appresso.

di questi principii parlano i capitoli seguenti, ove si mostra quanto sieno necessari a costituire un corpo di giurisprudenza perfetta.

CAPITOLO QUINTO

Dell' importanza storica e razionale del metodo scolastico in ordine alla giurisprudenza e necessità di ripristinarlo.

Viene generalmente riconosciuto, che la scolastica suscitò il gusto delle disputazioni nelle cose forensi. Se questo solo fosse stato il servigio reso dai dottori scolastici, non sarebbe poco in un' epoca in cui la giurisprudenza, come le altre discipline morali, languiva miseramente. Tutto lo studio scientifico di essa riducevasi all' accozzar brani e sentenze di scrittori; poverissimo era lo stato delle biblioteche prima del mille, specialmente riguardo ai libri di diritto;[1] e sebbene taluno[2] abbia voluto assolutamente, che durante l' età di mezzo in Italia si mantenesse con la pratica anche una certa tradizione scientifica del giure; pare tuttavia

[1] V. i *Catalogi bibliothecarum antiqui* raccolti dal Becker (Bonn 1885) e la notizia che ne dà, per quanto concerne la giurisprudenza, G. Salvioli nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche* (Disp. IV, Fasc. I, p. 77 e ss.)

[2] Fitting, *Ueber die sogenannte Turiner Institutionenglosse etc.*, p. 2, Halle 1870; e *Zur Geschichte der Rechtswissenschaft etc.*, Halle 1875.

più esatto il distinguere due periodi, nel primo dei quali (che, secondo il Conrat,[1] finirebbe alla metà del secolo XI, e secondo altri,[2] col cominciare di questo stesso secolo) quanto ci rimane della elaborazione del giure, non ha che una impronta pratica e grammaticale. In verità si era perduto quel tatto sì necessario per l'ordinamento e l'economia delle idee; non si conosceva quasi più dai giuristi il metodo; le severe abitudini del ragionare in gran parte erano venute meno. Ora tutto ciò fu riacquistato per influenza della scolastica. Riebbesi persino il possesso di quella tecnica giuridica, in cui i giureconsulti romani furono già così grandi ed ammirati: tecnica della quale pareva che si fosse smarrito il secreto. Anzi la scolastica contribuì al perfezionamento di essa, e sopra tutto a liberarla da quelle incertezze per le quali, a giudizio de' dotti, le definizioni stesse dei giureconsulti romani riuscirono spesso insufficienti.[3] Perchè poi una definizione ben fatta può comprendere il contenuto pratico di parecchie regole, che altrimenti divagano; e queste inoltre vogliono essere disposte ed ordinate logicamente, così sommo fu il vantaggio che la scolastica arrecò in questa parte formale del giure.[4] E qui

[1] *Die Epitome Exactis Regibus* etc., Berlino 1884.

[2] Chiappelli, *Rivista critica delle scienze giur. e sociali*, an. II, n. 8, p. 228 e ss.

[3] Vedi Ihering, *Op. cit.*, Tom. I, p. 44, nota 18.

[4] Uno dei primi libri scientifici, in cui si scorgono le tracce della influenza scolastica sulla struttura logica del

riuscirebbe di molta istruzione lo entrare più addentro nelle particolarità di tale perfezionamento, se nol vietasse l'economia della presente scrittura. Infatti si richiederebbe un lungo e paziente esame di tutta l'antica giurisprudenza del medio evo; perchè, come notò già l'Hugo[1], è questo un punto presso che inesplorato.

Attenendomi alle cose più generali, dirò che i giuristi dell'età di mezzo ebbero costantemente innanzi agli occhi, come modelli, i trattati dei dottori scolastici; e che le dottrine teologiche, e le giuridiche progredirono di conserva. Questi trattati, a parte l'aridità della forma, erano ammirabili per l'ordine, la proporzione, la finezza, la precisione, ed il rigore. Vedevasi rinascere in essi, rispetto a tutto lo scibile, quel genio stesso che guidò nelle discipline giuridiche i prudenti di Roma. Ispirandosi in quei modelli, educandosi a quella scuola la giurisprudenza avviossi risolutamente verso un fare sistematico, e riprese gradatamente quel carattere di grandezza e sagacia che le è proprio. Che se in alcuni giuristi pratici dell'età di mezzo venne rimproverato oltre lo stile pedestre, oltre la poca semplicità e naturalezza, anche il metodo dialettico; ciò risguardando soltanto l'abuso che poteva farsi delle forme logiche, partizioni, argomentazioni, obbiezioni ecc., nulla detrae al merito della logica scola-

diritto, è il Brachilogo; opera attribuita dai più alla scuola di Ravenna, ed importantissima appunto per le definizioni, le partizioni, e la terminologia.

[1] *Rechtsg. seit. Iustinian*, p. 131.

stica, nè punto diminuisce l'importanza dei servigi che rese alla giurisprudenza. I migliori glossatori, cominciando da Irnerio, vennero encomiati principalmente per la profonda conoscenza della dialettica e per l'acutezza dell'ingegno.[1] In appresso quando la scolastica arrivò al suo apogeo, si ebbero gl'illustri esempi di Bartolo e di Baldo. Il primo servendosi del metodo scolastico con fine accorgimento, ravvivò la giurisprudenza, e l'arricchì di nuovi e profondi concetti. Con sottigliezza anche maggiore di Bartolo applicò Baldo la dialettica scolastica alle leggi, e, come quello, fu grande maestro del foro. Tanta era la sodezza dei loro insegnamenti, che la scuola di Bartolo e di Baldo si trova ancora nel sec. XVI piena di forza e vigore. Straordinaria fu l'autorità delle loro opinioni presso tutti i giuristi, e tuttavia ferma perdura.[2] Stimo quindi inesatto il giudizio dello Stintzing,[3] benchè approvato da qualcuno,[4] e cioè che il metodo scolastico riducesse a nulla l'originalità del giurista. Gli esempi addotti bastano a mostrare quali frutti poterono ritrarsi da un retto uso del metodo stesso; e come questo, lungi dal far ostacolo alla originalità delle dottrine,

[1] Vedi Savigny, *Storia del diritto romano nel medio evo*, lib. IV, cap. XXVII, § 10; cap. XXXI, § 88; lib. V, cap. XXXVII, § 3; Vol. II, p. 27, 151 e s.; 237, trad. it. Bollati.

[2] Id., *Op. cit.*, lib. VI, cap. LIII, e s. Forti, *Libri due delle istituzioni di diritto civile*, lib. I, cap. III, § LV.

[3] *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, I, p. 153, Monaco.

[4] Brugi, *Archivio giuridico*, Vol. XXVI, p. 428, nota 3.

giovasse anzi a promuoverle. A parere del citato scrittore, il metodo scolastico avrebbe nociuto al lavoro scientifico per l'uniformità didattica. Non è però questa una ragione ben considerata, perchè, quantunque in mano poco abili quel metodo potesse apparire insipido ed infruttuoso; in sè stesso voleva dire precisione di linguaggio, severità di esposizione, giustezza d'idee. Del resto lo Stintzing medesimo osservava, non essere inconciliabili le positive tendenze degli umanisti, ed il *mos italicus*, quando il lavoro scientifico fosse compiuto con più gusto e miglior latino; quando si fosse permesso un giudizio individuale di fronte alle autorità; quando la coltura antiquaria avesse trovato applicazione, e le sottigliezze dialettiche fossero state mitigate. [1] Con che veniva a riconoscere la bontà intrinseca del metodo scolastico applicato alla giurisprudenza. [2]

Oltre le regole di diritto esistono le qualità ed i caratteri di esso, cioè le idee informatrici, che sebbene non sieno suscettibili direttamente di pratica applicazione, determinano però le regole stesse. Questi carat-

[1] Stintzing, *Op. cit.*, p. 139.

[2] Vedi Rosmini, *Logica*, Pref. pag. XVIII, n. 21, ove il ch. filosofo in uno splendido brano dà le ragioni storiche delle forme scolastiche, e spiega il valore della dialettica. Cfr. i Commentarii di E. Coccejo ad Ugo Grozio, Tom. I, p. 101, ed. Lausannae 1758 (Prolegom. ad § 55) « *Non bene olent dialecticam haeretici, quia sophismata eorum aperuit; verum haec scientia prudenter adhibita multum prodest ad agnoscendos errores, et ad detegendam veritatem sophismatibus obvolutam.* »

teri nella maggior parte spettano alla storia, e variano secondo i tempi ed i luoghi, come quelli che riflettono le tendenze, le aspirazioni, le viste, i sentimenti particolari di questo o quel popolo, di questa o quell' epoca. Una qualità però tutti li domina, e senza cui niun diritto o legge può essere veramente tale, nè obbligare. Questa è la giustizia, circa la quale faceva di mestieri precisare parecchi concetti fondamentali, che nella filosofia e giurisprudenza etnica rimasero indeterminati. I giureconsulti romani si contentarono di dichiarare improduttivo tutto ciò che venisse costituito od introdotto contro la ragione.[1] I dottori scolastici insegnarono, che qualunque diritto o legge, che si opponga alla ragione, non solo è improduttivo, ma non è diritto veramente, per quanto grande sia l' utilità che ne deriva, ed alta l' autorità che lo costituì. Insegnarono a non separare nozioni che naturalmente vengono a riscontrarsi nei casi particolari, e cioè la nozione del dovere e quella del diritto; ma a vegliare soltanto onde non si confondessero. Il diritto romano erigeva in gran parte a postulati della vita pratica i caratteri peculiari del popolo di Roma. Ha dimostrato questo minutamente, e con grande acume il Ihering nell' opera *lo Spirito del Diritto romano*. « Non esageriamo » dice il dotto interprete, « non diciamo (come non ha guari taluno sostenne) che esso fosse il diritto assoluto. Tanto nel periodo antico, quanto nel seguente

[1] Dig., leg. 14 e 15, *de legib.*, I, 3.

il diritto romano conteneva molti elementi, che non potevano aver altro valore che a Roma. Toccava quindi alla posterità » soggiunge Ihering « separare in esso ciò che è transitorio ed accidentale, da ciò che è durevole ed eternamente vero. »[1] Molto operarono senza dubbio i giureconsulti romani coll' *aequitas*, adoperandola come correttivo del rigoroso dominio della regola astratta; ma non avendo elementi obbiettivi ben definiti, e quella loro *aequitas* movendo più che da altro, dal sentimento subbiettivo, e dall' impressione personale, facilmente eglino potevano essere condotti all' arbitrio e cadere nell' errore.[2] Questi elementi furono posti in evidenza dalla metafisica scolastica, che riuscì una dottrina più determinata e precisa, perchè obbiettiva. La giurisprudenza del medioevo applicandosi a togliere nella pratica le ingiustizie delle leggi positive statutarie, trasse da quella il bisognevole per decidere vitali quistioni circa la validità delle leggi stesse. Di essa pure si aiutò per discernere nel diritto romano gl' immutabili principii del giusto. « Noi dobbiamo » scriveva quindi il Forti « a questa salutare influenza della scienza razionale del diritto sul giudizio della giuridica efficacia delle disposizioni municipali, i grandi temperamenti equitativi che furono recati o per eludere o per moderare l' applicazione delle sanzioni municipali, che in veduta della necessità politica erano

[1] *Op. cit.*, Tom. II, p. 288.
[2] Vedi Paolo, leg. 91, § 3, *de V. O*, Dig. XLV, 1.

escite dalle regole della naturale giustizia.... Fu opera santa » prosegue il lodato scrittore « quella dei giureconsulti che parte interpretando, parte moderando, procurarono di togliere nella pratica l'ingiustizia della legge. Se il senso del bisogno politico avea fatto dimenticare ai legislatori le regole della equità, tornava l'impero di queste a coercire nei più angusti confini il principio politico, per rendere il dovuto impero alla naturale giustizia. »[1] Perciò contraddice apertamente alla storia quanto senza prova alcuna asseriva l'Herder circa questo punto, e cioè non avere la scolastica servito ad altro, che a trasformare le sentenze degli uomini più gravi in un frivolo giuoco di parole.[2] La censura del diritto positivo è un fatto, che mostra eziandio quanto errino coloro che pensano, avere la scienza del diritto perdute le sue forze vitali, e logorata la sua energia produttiva nella teologia scolastica.[3] A parte l'amore soverchio di alcuni dottori per le forme sillogistiche, e le loro dispute sottili e spesso inutili, la scuola, sia pel metodo, sia pei criterî giovò a creare una scienza delle leggi in un'epoca, in cui tanto era lo

[1] *Op. cit.*, lib. I, cap. III, p. 377 e s.

[2] *Philosophie de l'histoire de l'Humanité*, Tom. III, p. 385 e s., tr. Tandel. Cfr. Barthélemy Saint-Hilaire (*Op. cit.* loco cit.) il quale parlando della filosofia in generale si domanda: « *Dans le monde chrétien la scolastique n'a-t-elle été que subtile et vaine? N'a-t-elle rien ajouté à la pensée antique, et n'a-t-elle quelque fois heureusement completés ses instituteurs?*

[3] Vedi Chiappelli, *loc. cit.*, pag. 318.

scadimento intellettuale, da dubitarsi persino se le leggi fossero una scienza.[1]

Presentemente scossa la fede nella solidità dei fondamenti su cui si basa il diritto; tratti in dubbio i principii tradizionali di esso, è riapparita l'idea scettica della inutilità e del niun valore della giurisprudenza.[2] Perciò ricorrere di nuovo al potente magistero della scolastica; tentare una sintesi di costruzione giuridica in base di essa, sarebbe opera di sommo vantaggio per intendere il diritto, e rimetterne in onore la scienza e la pratica. Questa restaurazione è opportuna sopratutto per opporsi all'influenza perniciosa del materialismo schernitore così della logica universale, come di ogni ricerca astratta. Col nome di materialismo intendo tanto la dottrina alemanna della forza, quanto quella inglese dell'interesse, le quali s'identificano nei punti estremi, come due forme di uno stesso principio, il positivismo. Audace ne è il programma logico, e giova dirne qualche cosa, specialmente per quelli che nell'attuale decadimento della giurisprudenza

[1] Questa idea andò serpeggiando nel medio evo. Vedi Boccaccio, *De geneal. deor.*, XIV, 4; Riccardo di Bury, *Philobiblion*, cap. XI, ap. Chiappelli (*Archivio Giuridico*, Volume XXVI, pag. 301, nota 1, 2) il quale più innanzi (loc. cit., p. 306, nota 1) cita anche un manoscritto della biblioteca imperiale di Vienna (n°. 5711) del secolo decimosesto, in cui si cerca di provare la inutilità dei giureconsulti.

[2] Vedi il celebre opuscolo del Kirchmann, *Die Werthlosigkeil der Jurisprudenz als Wissenschaft* (Berlino 1848) ap. Nani, *Op. cit.*, p. 38 e nota 52.

fondano nel metodo positivo le loro speranze. Le osservazioni che seguono, serviranno a dimostrare quanto sia necessario che la logica delle scuole riprenda anche nella scienza del giure il suo posto, e il giurisprudente ricuperi in essa la propria guida.

Secondo i più recenti positivisti adunque la giurisprudenza non dovrà essere più l' arte del buono e dell' equo, nè più la scienza del giusto e dell' ingiusto; ma una *dinamica giuridica*, la quale, come dottrina, studierà l' azione delle *forze* che diconsi direttive e protettrici della vita sociale; come arte, servirà a raggruppare e coordinare i prodotti delle suddette forze, e le leggi naturali che risultano dall' azione preventiva e repressiva di esse. Doveri, diritti, obbligazioni, titoli giuridici non riceveranno più altro nome che quello di *forze*, e non potranno studiarsi che inerenti a ciascun organismo individuale o collettivo. Il giurisprudente dovrà seguire quella direzione che tali forze imprimono alla vita sociale; la sua scienza ritenuta fino qui per influenza d' idee chimeriche una disciplina morale, d' ora innanzi dovrà classificarsi fra le fisiche e le matematiche. Con un processo d' induzione egli troverà le idee; i principii generali gli saranno dati dall' esperienza; non avrà bisogno di contemplazioni astratte; i casi simili somministrati da quella, terranno luogo assolutamente di proposizioni e regole universali.[1] Queste in compendio sono le pre-

[1] Vadalà-Papale, *Necessità del metodo positivo nella filo-*

tensioni e le promesse della logica positiva, che vuol sostituirsi alla dialettica: ma è sì grande la vacuità dei principii su cui posa, che fra gli stessi sensisti accennasi già al bisogno di modificarla con l'impiego di concetti *alquanto astratti*, d'idee *un po' generali*, giovandosi d'ipotesi moderate e ragionate, contemperando l'induzione e la deduzione. Avvi eziandio chi propone un metodo *deduttivo concreto.*[1] Queste proposizioni sono tuttavia confuse e vacillanti, ed i temperamenti che racchiudono, non bastano a riempire il vuoto che lascia la logica positiva. Imperocchè l'esperienza potrà aiutare la congiunzione della dottrina del diritto alle cause di esso, le quali sono metafisiche e del tutto superiori agli esperimenti ed ai fatti esperimentati; ma giammai costituirla nella sua sostanza. Quanto poi alle deduzioni razionali che si riferiscono al diritto in sè stesso considerato, esse non possono dipendere se non da principii logici ed ontologici. Non è poco certamente l'avere riconosciuto le esagerazioni del metodo sperimentale, ed il danno che viene alle scienze giuridiche dal pensare ed ispirarsi nelle fisiche; l'aver confessato le incertezze in cui il nuovo avviamento gettò gli studî della giurisprudenza filosofica; e

sofia del diritto, Catania 1882. Cfr. Mill, *Logique inductive et deductive: « le praticien sage doit toujours se guider d'après l'analyse du cas particulier. »*

[1] Vedi Cogliolo, *Op. cit.*, p. 24, 25 e nota 59; Id., *Saggi sopra l'evoluzione del diritto privato*, cap. II e X, Torino 1885; Abate Longo, *Op. cit.*, Vol. I, p. 3, 46, 49.

come in breve si renderà impossibile il definire le istituzioni, determinare le condizioni degli atti giuridici, le qualità delle persone, delle cose; delle azioni, e le divisioni d'ogni specie, insomma ciò che dicesi la struttura logica del diritto.[1] Ma non basta: bisogna rinunziare del tutto a quella vanità per cui si è finora versato sulla dialettica un insipiente dispregio. Bisogna far ritorno a quel metodo rigoroso, che tanto giovò al rinascimento della giurisprudenza, e che splende più o meno in tutte le opere dei dottori scolastici, ma principalmente in quelle dell' Aquinate. « I legali » scrisse il più volte lodato Forti « che hanno bisogno d'imparare a porre le questioni, a scoprire le fallaci soluzioni che da una incompleta considerazione dell' argomento si possono offrire alla mente, e di trovar poi una soluzione che abbia ragioni sicure per fondamento e sodisfaccia alle obbiezioni per le quali nascevano dubbi di soluzioni diverse, non possono certo trovare miglior maestro della dialettica che loro bisogna ».[2] A quella maniera rigorosa e coerente di disputare, di dimostrare, di difendere e d'impugnare, il giurisprudente sentirà accrescersi il proprio vigore razionale ed operativo; vedrà facilitarglisi grandemente il cómpito, che non è quello soltanto di analizzare il caso, ma di elevarsi a dottrine universali e sostenerle; di trattar quistioni che interessano tutta l'umanità; di

[1] Cs. gli autori sopracitati.
[2] *Op. cit.*, lib. I, cap. III, § 4, p. 343.

trovare quelle norme che rappresentano veramente l'intima natura delle relazioni umane; di formarle e combinarle secondo l'ordine e la cognazione loro; di semplificarle per modo che servano ad orizzontarsi nel terreno dei fatti più complicati, ed a risolverli secondo giustizia. A ciò molto gioverà l'avere ereditato da natura un pensiero retto e logico; ma soltanto una educazione scientifica appropriata potrà far conoscere al giurisprudente il suo valore, e procacciargli persuasioni ferme e vere.

CAPITOLO SESTO

Del valore della scolastica rispetto alla sostanza del giure.

Non è soltanto necessario che alla scienza del diritto sia restituita quella unità di forma sì degna di lei; fa di mestieri eziandio che in essa si consegua unità di giudizio. Per assicurarle questo carattere, è stato proposto che si trasformi in giurisprudenza comparata.[1] Come il pensiero di ritemprare gli studî giuridici alle fonti dell'antica sapienza, così pure questo di procedere confrontando la giurisprudenza di tutti i paesi, per metterne a profitto i risultati, è un pensiero ottimo ed opportuno. Dirò anzi essere conforme ad una certa tendenza, che a' dì nostri si palesa, di riunire le legislazioni di tutti i luoghi in una sola, riconfortarne le parti migliori, ed indurre i popoli ad abrogare quelle non buone.[2] Molti lavori della giurisprudenza contemporanea sono già vòlti a questo utilissimo

[1] Vedi Ihering, *Op. cit.*, Tom. I, p. 14 e s.; Post, *Einleitung in das Studium der ethnologischen Jurisprudenz*, e gli altri scritti ap. Nani, *Op. cit.*, p. 52, nota 56; Dahn, ap. lo stesso, p. 42.

[2] Vedi Sala, *Op. cit.*, p. 263, nota.

scopo. Si comprende però assai di leggieri, come a nulla approderebbe tale studio comparativo, e tale lavoro di unificazione, senza il possesso di principii generali ben accertati e sicuri, alla stregua dei quali misurar l'equo, il buono, il vero; senza l'aiuto di dottrine che sieno veramente atte a conseguire nei rapporti di diritto la detta unità. Ora questi principii e dottrine, trovati in molta parte dalla filosofia italo-greca; presupposti ed applicati con mirabile sagacia dalla romana giurisprudenza; approfonditi in quella parte che più dappresso tocca le ultime loro ragioni, cioè l'etica, dai grandi scrittori ecclesiastici del secolo IV, raggiunsero nella scolastica, segnatamente per opera di S. Tommaso d'Aquino, un grado tale di chiarezza e di perfezione, da apparire nelle loro grandi linee non solo proporzionati all'età, in cui quel genio li dettava, ma di tutti i tempi, e perennemente giovani e fecondi. « Tutti i professori di diritto naturale e pubblico » scrisse il Forti « che ottennero nelle successive età maggior fama, vi ebbero ricorso; e ve lo hanno avuto i magistrati, allorchè quistioni delicate si sono presentate alla loro soluzione. »[1] Infatti la scolastica mise nella loro evidenza i veri dettati della ragion naturale

[1] *Op. cit.*, lib. I, cap. III, § L, p. 343. La vitalità e forza della scolastica è riconosciuta e confessata, benchè a malincuore, anche da filosofi e giuristi che militano contro di essa. Vedi Brocher de la Fléschére: « *Il* (il sistema scolastico) *exerce encore de nos jours une influence immense.* » (*Les révolutions du droit*, Tom, I, p. 38, Neufchatel, 1878).

e giuridica; per lo svolgimento dei quali soltanto sarà dato far delle leggi un patrimonio universale di tutte le nazioni, e delle loro massime una scienza comune. Contemporanea al rinascimento della giurisprudenza la scolastica offerse a questa una dottrina ispirata nell'ordine oggettivo e necessario degli esseri, e talmente fatta, che le si poteva con facilità adattare un codice razionale, intorno cui tutte le genti convenissero. Ma non si potrebbe meglio apprezzare il valore della dottrina scolastica, in ispecie di quella delineata dall'Aquinate intorno al principio del giusto e delle leggi, fondamento di tutta la giurisprudenza, che ricorrendo alla storia della filosofia.

Grozio ebbe in molta considerazione la scolastica: consigliava alla gioventù lo studio dei trattati *de justitia* e *de legibus* di S. Tommaso, ed egli stesso largamente ne approfittò.[1] Anzi, a parere del Leibnitz, Grozio avrebbe saputo congiungere la dottrina scolastica della legge eterna col principio della sociabilità.[2] Ma parve a Tomasio di trovare analogia appunto fra la dottrina suddetta, e quella dei gentili sul fato; e non esitò a qualificarla come una chimera.[3] Ciò equivaleva all'accusare di paganesimo la scolastica, e l'accusa tutto che vaga, fu accolta da quelli cui im-

[1] *Epist. 54 ad Benj. Maurerium;* Confr. *De jure belli ac pacis*, prolegom., § 52.

[2] *Oeuvres*, Tom. V, p. 371, XXII.

[3] *Institutionum Iurispr. divinae*, lib. I, cap. I, n. 31 e nota: « *figmentum scholasticorum.* »

portava di screditare la dottrina stessa. Di secolo in secolo venne ripetuta; presentemente si è tentato di specificarla sulla Somma di S. Tommaso: della quale dopo essersi detto, che manca di originalità, che è tutta un artificio di logica, si soggiunse, che in ispecie i concetti del diritto e della legge sono quelli stessi di Aristotele, di Platone, e degli Stoici.[1] Di che nulla di più infondato. È noto quanto gravemente errasse Platone su questo punto, come quegli che allontanatosi troppo dalla realtà delle cose, perdette di vista i fini particolari delle umane relazioni, e credette che unico principio ed unico fine dell'universo diritto fosse lo stato; sacrificò la natura ad una imaginaria proporzione ed armonia, e peccò inoltre di dualismo (secondo l'interpretazione più comune delle sue opere), attribuendo alla giustizia, come alle altre idee, l'aseità. Di questi errori niuno mai ha rimproverato la scolastica; molto meno poi la dottrina dell'Aquinate. Così dicasi di quelli in cui caddero gli Stoici, i quali affermarono, potere l'idea della giustizia assoluta trovar posto anche là dove si considerasse il piacere, come un bene in sè stesso; assoggettarono ad una sola legge o ragione dovunque diffusa tutti gli esseri senza distinzione di natura, uomini e bruti; si mostrarono indifferenti di fronte alle azioni degl'individui, ed ai fini etici delle relazioni umane; e tanto poco distinsero nella natura

[1] Vedi Fouillée, *Hist. de la Philos.*, p. 206 e ss., Paris 1882

le tendenze rette dalle perverse, che il saggio, da loro ideato, poteva nella città permettere l'irreligione, la comunanza delle donne, l'incesto, la promiscuità, l'antropofagia. Aristotele poi quantunque avuto dalla scolastica in particolar venerazione, non le fornì però su questo argomento del diritto, che elementi incompiuti ed insufficienti. Non diremo col Brucker, che Aristotele ignorasse affatto i veri principii della filosofia morale:[1] è certo però che egli disconobbe il fine dell'*uomo*; non ebbe il concetto di una Mente creatrice ed ordinatrice suprema; la sua legge fu legge politica; all'attività del tutto attribuì ciò che forma l'essenza degl'individui. Una grande incertezza inoltre regna non solo nelle singole applicazioni, ch'ei fece della sua idea del diritto, ma si estende fino al punto centrale della scienza, ossia fino ai fondamenti del giusto e dell'ingiusto, che Aristotele scambiò coi principii della virtù soggettiva, confondendo le relazioni giuridiche coi rapporti dell'amicizia. Se perciò, dice Janet, vi ha trattato in cui S. Tommaso si liberi da Aristotele, si è questo precisamente delle leggi.[2]

Ciò che non puossi negare, si è una certa attenenza delle dottrine della scuola con la filosofia greca, proveniente da ciò, che essa non ebbe la strana pretesa di rifare da capo tutta la scienza; bensì di tirarla innanzi,

[1] *Historia criticae philosophiae*, I, p. 835, § XIX, ed. Lipsiae, 1742.

[2] *Hist. de la philos. morale et politique*, Tom. II, p. 314, 315.

impiegando a vantaggio della filosofia cristiana quanto poteva delle dottrine pagane; assimilandosene gli elementi sani. Così sull'argomento della giustizia e delle leggi S. Tommaso giovossi veramente di alcune idee che S. Agostino prese da Platone, da Cicerone e dagli Stoici, e che sparse nel libro *de libero arbitrio.*[1] Altre ne desunse da Aristotele, rendendole più chiare ed esatte. Ma la sostanza della dottrina del giusto gli fu fornita dalle sacre scritture, di cui ridusse a scientifica trattazione i concetti elevatissimi. Imperciocchè il pensiero che domina tutta l'opera della scolastica, fu quello di rannodare il filo interrotto delle grandi tradizioni intellettuali dell'umanità, valendosi delle verità affermate dai filosofi pagani, e supplendo là dove la dottrina loro riuscì monca ed imperfetta. Nè questo poi fu un lavoro da eclettico, bensì servirsi della verità ovunque si trovava. Laonde Ad. Franck in una dotta recensione dell'Hauréau (che fu il primo a tacciare d'eclettismo gli scolastici del secolo XIII) scrisse, che se vi aveva cosa sorprendente nei due grandi intelletti (Alberto Magno, e Tommaso d'Aquino) i quali diedero l'impronta filosofica al loro secolo, fu per lo

[1] Di Platone non si conosceva nel secolo IX che il *Timeo.* Al secolo XIII sembra appartenere una traduzione manoscritta del *Fedone*: ma non ha fondamento alcuno la notizia data da certo Valero, che l'irlandese Mannone commentasse le *Leggi* e la *Repubblica.* Quanto a Cicerone, i dottori scolastici non ne ebbero fra le mani che i *Topici* col commento di Boezio (Vedi Capello, *Cenni storici e critici sull'origine e natura della scolastica*, p. 60, 67, Torino 1878).

appunto questo sapiente sistema, come quello che fornì loro il modo di riunire in una sintesi grandiosa ed ammirabile per la estensione e la profondità, quanto vi ebbe di più fondato nella filosofia greca, e di più filosofico nelle dottrine del cristianesimo.[1] Rispetto al nostro argomento, era convinzione universale dei dottori scolastici, che i greci per la fede che ebbero nella giustizia naturale, per lo studio che sopra tutte le genti posero intorno ad essa, fossero giunti ad avere un barlume anche di quella del vangelo.[2] Ritennero inoltre che i filosofi pagani attingessero molte verità, e segnatamente la religione, di cui aspersero le loro opere, dalla conoscenza dei libri sacri e dalle tradizioni giudaiche. Ma veri e perfetti filosofi reputarono solamente i patriarchi ed i profeti, e per la scienza della legge divina, e per la conoscenza di tutte le parti della filosofia.[3] Quindi S. Tommaso pur tenendo conto delle verità espresse dai filosofi pagani circa la giustizia e le leggi, volse principalmente la sua meditazione alle sacre carte, ove trovò significati in un linguaggio sublime gli eterni disegni della somma Sapienza, e l'ordine universale e necessario degli esseri; accennata la dipendenza della legge umana da una legge

[1] Vedi il *Iournal des Savants* novembre 1881, p. 653 e ss.

[2] *Cs.* Alberto Magno, *De sacrif. Missae*, tr. I, c. II, Opp. t. XXI: « *Graecus ex fide justitiae naturalis cognovit iustitiam Evangelii.* »

[3] Cs. Ruggero Bacone, *Opus majus*, cap. I-VIII.

eterna, fonte di ogni obbligazione; espressa l'idea di una partecipazione di detta legge nella creatura razionale; derivata infine la giustizia dagli attributi stessi della divinità.[1] Giovandosi dell'autorità di quelle fonti, investigando con grande acume i veri in esse contenuti, e rischiarandoli al lume della natural ragione, egli potè dare del diritto l'idea più integra, più positiva, più pura, e compiuta. Più pura, perchè non infetta da scoria alcuna di panteismo e naturalismo; più positiva, perchè reale; più integra, perchè distinta, quantunque non separata dalla morale.

Tomasio non si stette pago dell'accusa di paganesimo; andò più oltre, ed attribuì la teorica scolastica della legge eterna ad ignoranza dei primi principii del diritto naturale, ed all'avere, secondo lui, gli scolastici confusa la giurisprudenza con la teologia.[2] Intorno a che fa d'uopo in primo luogo considerare, come se nei tempi di mezzo le leggi della morale e del diritto di natura si trovano insegnate dai teologi in un'all'etica e al diritto cristiano, ciò non significa che si confondesse la scienza etico-giuridica con la teologia. Lo studio che quelli posero intorno alla disciplina della morale e del diritto di natura, fu principalmente rivolto a mostrarne la consonanza con le dottrine del cristianesimo; laonde per necessaria conseguenza venivano a supporla da esse distinta. « In questo » osserva molto

[1] *Salmo* IV, 5, 6; CXVIII, 89, 90, 137, 142, 144, 152, 160; CXLVIII, 5, 6; *Proverbi*, VIII, 15, 16; *Sapienza*, I, 15.
[2] *Op. cit.*, lib. I, cap. I, p. 7, n. 31, nota *h*.

a proposito il Taparelli « essi procedevano secondo un sistema, a quei tempi generalmente adottato, di non isolare giammai interamente le scienze una dall'altra, sistema » a dire del ch. scrittore « analogo alla natura del *vero*, il quale è essenzialmente uno ».[1] Tale sistema era il frutto di vedute generali, e di dottrine molto superiori a quelle dell'antichità. Con esso i teologi influirono salutarmente sul pensiero dei popoli, promovendone il movimento, ed aiutandone lo sviluppo. Ebbevi moto e progresso insieme; e questi non sono miei apprezzamenti, ma del Guizot.[2] Ben è vero che i dottori scolastici affermarono la dipendenza dell'etica e del diritto dalle nozioni più elevate della metafisica speciale, segnatamente dalle verità di ordine teologico; ma chi negherà potere una cosa distinguersi da un'altra, ed insieme dipendere da essa? Si oppongono forse fra di loro la dipendenza e la distinzione? O non è piuttosto quella una prova di questa? Se una cosa dicesi dipendere da un'altra, non viene con ciò a ricono-

[1] *Op. cit.*, Vol. I, p. 280, nota LI.

[2] *Histoire de la civilisation en Europe*, p. 171 e ss., Paris, 19e ed.: « *Le fait est évident; le développement moral et intellectuel de l'Europe a été essentiellement théologique. Parcourez l'histoire du Ve au XVIe siècle: c'est la théologie qui possède et dirige l'esprit humain.... A tout prendre, cette influence a été salutaire: non-seulement elle a entretenu et fécondé le mouvement intellectuel en Europe; mais le système de doctrines et de préceptes au nom desquels elle imprimait le mouvement était très-supérieur à tout ce que le monde ancien avait jamais connu. Il y avait à la fois mouvement et progrès.* »

scersi una distinzione fra quella che dipende, e quella da cui dicesi dipendere? Perciò gli scolastici nel mirare alle armonie dell' etica e del diritto con la teologia, venivano necessariamente a supporne distinti gli oggetti. Non fu quindi nè ignoranza, nè disordine di principii, ma utile associazione della religione, della morale e del diritto, ottenuta mediante la notizia più completa e profonda, cui la scuola era arrivata circa i fondamenti della scienza. Ciò valga eziandio contro quegli scrittori contemporanei, che hanno ripetuto le ingiuste accuse di Tomasio.[1] Quanto poi esporrò nel capitolo seguente chiarirà ancor meglio questo punto.

Una cosa veramente non è data dalla filosofia scolastica, ed è la descrizione minuziosa della sfera giuridica contenuta nell'etica. Ma ciò nulla detrae al progresso scientifico delle idee, che quella filosofia rappresenta. Ai tempi in cui sorse, importava assai più lo stabilire e fissare il centro di detta sfera, e fornire il raggio per tracciarla, che descriverla per

[1] Vedi Schiattarella, *Op. cit.*, p. 85: « cotesto barocchismo teologico è stato preso sul serio per tanti secoli ed anche da uomini eminenti, specialmente per difetto di studî scientifici elementari. » Più sotto questo scrittore chiama una fantasmagoria la *lex aeterna.* Partecipò della stessa animosità contro la scolastica, e specialmente contro S. Tommaso, quegli che non ha guari scrisse, non reggersi *la Somma teologica per manco di qualsiasi fondamento razionale e reale;* l'etica tomistica poi, essere *la negazione dell' Etica* (D' Ercole, *Il Teismo filosofico cristiano teoricamente e storicamente considerato, con ispeciale riguardo a S. Tommaso e al teismo italiano del secolo XIX,* Parte prima, Torino, 1884).

forma, ed internarvisi partitamente coll'analisi. Conveniva far conoscere prima di ogni altra cosa, come il titolo coercitivo, proprio delle regole giuridiche, derivi da un principio morale; e come l'ordine etico, ed il giuridico costituiscano sostanzialmente una legge sola, cioè la legge morale nella sua pienezza.[1] Su queste fondamentali notizie, che la scuola diede in una maniera semplice e luminosa, dovrò ritornare; per ora limitando l'assunto, avverto soltanto, che il pensiero giuridico poteva nei secoli appresso approfondire separatamente il suo speciale oggetto, e progredire, senza distogliersi dalle vedute generali della scolastica; senza distaccarsi, da quei principii, nei quali soltanto trova la sua unità ed universalità; senza isolarsi, disconoscendo gli stretti legami che congiungono il diritto alla morale, e a Dio. Ma poichè per le influenze della Riforma, che bandì coll'indipendenza filosofica anche l'autonomia del diritto naturale, questo purtroppo, come dimostrammo, resesi a poco a poco ateo; così fa di mestieri che sia condotto a riconoscere la propria dipendenza da Dio, e che la scienza di esso ridivenga religiosa. Perciocchè « Dio » servendomi delle nobili parole del Vico, « è il principio così della vera religione, come del vero diritto, e della vera giurisprudenza. »[2] Secondo questo grande pensatore, non

[1] Vedi Descamps, *Les harmonies du droit naturel et du droit chrétien*, p. 44, Louvain 1880.

[2] *Opere*, Vol II, *Dell' unico principio ed unico fine del Diritto universale*, p. 12, § 3 trad. Pomodoro.

per altro motivo la giurisprudenza cristiana, che occupa tanta parte nel codice delle costituzioni imperiali, prende la sua intestazione dal titolo della Somma Trinità e della Fede Cattolica. Onde ne deduce, che la vera giurisprudenza è la vera scienza delle divine ed umane cose. Infatti attività individuale e sociale, istituzioni, leggi, costumi, tutto insomma essa deve promuovere in guisa, che l'uomo si aiuti a raggiungere l'ultimo suo fine, che è Dio. Ora l'armonia della scienza universale con la fede religiosa splende nelle opere degli scolastici, specialmente nella Somma dell'Aquinate; e se la scienza in tutti i suoi rami, e particolarmente in quello del diritto, fa duopo, come or ora io diceva, che si ricongiunga con le verità di ordine teologico; non si avrà dottrina più acconcia di quella di S. Tommaso, come non vi ha la più giusta, ed evidente circa i fondamenti dei doveri e dei diritti. Non ignoro che il pensiero il quale informa tutta questa dottrina, cioè quello della perfetta concordanza della fede con la ragione, da qualche filosofo seguace del positivismo è stato giudicato un presupposto, una formola arbitraria: [1] ma so ancora, che i più dotti, anche fra i positivisti, cominciano insperatamente e per altre vie, ad accostarsi a quel principio verissimo. [2]

[1] Siciliani, *La nuova biologia*, p. 88, Milano 1885.

[2] V. Spencer, *Les premiers principes*, P, 1ª, c. I, § 6, p. 16, trad. Cazelles: « *Si la religion et la science reposent sur la réalitè, il faut qu'il y ait entre elles une harmonie fondamentale. On ne peut admettre l'hypothèse qu'il y a deux ordres de vérités, en opposition absolue et perpétuelle.* »

Bisogna anche guardarsi dal considerare, come altri ha fatto erroneamente,[1] il principio suddetto quale effetto di una semplice preoccupazione religiosa prodotta dai tempi e passeggiera: imperciocchè l'idea religiosa forma parte integrante di tutta la filosofia cristiana, senza della quale questa sarebbe monca ed imperfetta. Essa vi entra come elemento astratto per via di veri che sorpassano in generalità tutti gli altri, e ne sono il principio. Questo carattere da lei non si perde in verun ramo di detta filosofia, nè tampoco in quello dell'etica e del diritto. Quivi anzi le applicazioni assumono per influenza di essa quella impronta spirituale, che invano si cerca nella giurisprudenza etnica; in cui la religione entrava come elemento formale, e giudicavasi il giusto dalla solennità e religiosità del rito. Adunque restaurare la giurisprudenza per via della scolastica, non significa ricongiungere il diritto a presupposti, a formole arbitrarie od a preoccupazioni di un'epoca che fu; ma ricondurlo ai suoi veri principii, rannodare i legami naturali che ha con l'etica e con la religione. La necessità poi di tale rinnovamento è sentita presentemente anche da giureconsulti non sospetti di soverchio cattolicismo. Così l'inglese Pollock ritenne la giurisprudenza etica non solo legittima, ma necessaria, e scriveva: « La teoria della legislazione deve ricevere i suoi elementi più generali dai fatti più comuni della umana e civile società: ma deve del pari

[1] Capello, *Op. cit.*

ricavare i suoi principii espressamente o tacitamente dall'etica. »[1] In Germania l'Ahrens sulle tracce di Krause, suo maestro, deplorò, che dopo la Riforma il diritto venisse « disgiunto dalla religione e da Dio; che se ne traesse il fondamento soltanto dall'uomo, e precisamente dagl'individui staccati da ogni ordine obbiettivo della vita; e infine che si togliesse alla sua suprema unione etica con la morale..... Per le quali cose » a suo dire « ai giorni nostri si sentì sempre più gagliardo il bisogno di connettere novellamente il diritto all'ordine obbiettivo della vita, di congiungerlo alla moralità ed alla religione ».[2] In Italia quegli che a mio credere, meglio d'ogni altro conobbe lo scempio che da qualche secolo si viene facendo delle dottrine giuridiche, fu G. D. Romagnosi; il quale toccando della separazione tra la morale ed il diritto, diede nel segno con l'affermare, che « si era disgiunto in natura ciò che conveniva soltanto distinguere coll'intelletto. Disgiungere poi » soggiungeva « s'intende in senso di dissociare le parti che debbono stare ed agire congiunte, benchè di ognuna ravvisar si possa la diversità. Così fu disgiunta la morale dal diritto, ed il diritto dalla politica, e fu tolta a queste discipline quell'azione che aver debbono nell'ordine reale delle cose ». Credette quindi necessario progettare un ordinamento

[1] *I metodi di giurisprudenza,* Lezione inaugurale, an. 1882.

[2] Ahrens, *Op. cit.*, lib. I, cap. III, Vol. I, p. 64, della trad. Eisner e Marenghi.

fondamentale di tutta la scienza giuridica, aprendo una scuola fondata sulla teologia, che traesse i suoi dettami dallo studio dell'ordine necessario della divina economia; migliorasse gli uomini, la società e le leggi; e facesse in fine regnare i buoni costumi colla persuasione, coll'interesse e colle abitudini. Questa scuola fu da Romagnosi appellata la *vera teologica.*[1] Questi dotti giureconsulti, in ispecie l'Ahrens ed il Romagnosi, erano penetrati così fino al centro di tutta la scienza del diritto; e le loro specolazioni potevano aiutare grandemente il rinnovamento della giurisprudenza; se il primo per una strana contraddizione non avesse creduto doversi conservare il principio della indipendenza del diritto; e se il secondo invece di disprezzare la scolastica piegandosi al naturalismo, avesse tenuto conto degli elementi che essa offre per l'ideata restaurazione della giurisprudenza filosofica.

[1] *Op. cit.*, lett. prima, p. VIII, lett. seconda, p. XIV. Cfr. Pessina, *Filosofia e diritto*, discorsi varii, p. 283 e ss., e gli autori da esso citati; Bovio *Corso di scienza del diritto*, Lezione XXIII, p. 195: « Non vi può essere una deliberazione giuridica senza una corrispondente intellezione morale. Quante sono le posizioni del soggetto etico tante vogliono essere della morale e del diritto ».

CAPITOLO SETTIMO

Di alcuni pregiudizî che si oppongono ai principii etico-giuridici della scolastica.

Le cose e le quistioni che risguardano l'argomento di questo capitolo sono parecchie, ma io riassumendole in una sola, me ne spedirò brevemente.

In genere si confessa avere la Chiesa reso servizi incontrastabili alla società, specialmente in ordine al diritto: ma, secondo una opinione invalsa, essi sarebbero stati pagati a prezzo delle credenze individuali, e della libertà di coscienza. Dicesi, che per assicurare alla cristianità i vantaggi della pace, e di un sistema uniforme di diritto, si stabilirono certi dogmi intangibili, e dai quali il pensiero umano non avrebbe potuto trarre che le conseguenze. Ma se ad onta di ciò lo si vide nella scolastica svolgersi notabilmente, anche dal lato del diritto, questo svolgimento vuolsi che fosse incompleto ed esclusivo. Si soggiunge, che finchè l'autorità della Chiesa rimase incontrastata, non solo la filosofia giuridica, ma eziandio la pratica legale fu l'umile ancella della teologia.[1] In tutto ciò contengonsi

[1] V. Brocher de la Fléchère, *Op. cit.*, Tom. I, p. 36 e s.

parecchi errori, i quali si possono considerare come una continuazione di quelli di Tomasio, di cui si è parlato nel capitolo precedente. In primo luogo si erra, rappresentando come una schiavitù del pensiero a vantaggio dell'unità ed uniformità del diritto, quell'assoggettamento libero e tutto proprio della ragione, che è presupposto dalla unità ed uniformità stessa, e che la Chiesa promosse costantemente col suo magistero. Così pure si erra, pensando che la Chiesa abbia inventato un certo numero di dogmi intangibili, onde assicurare al diritto la suddetta uniformità, ed impedire i dissidî e le discordie. La Chiesa indicò le basi della giustizia nelle sacre carte e nel vangelo, ma non respinse i principii che il diritto ha nella natura, nè circoscrisse il campo delle ricerche scientifiche: perocchè nelle scritture e nel vangelo molte cose si contengono anche dell'ordine naturale. I principii poi che il diritto ha nella natura non possono essere diversi dalla legge divina, e contraddirle. Nel modo stesso la Chiesa coll'esigere l'ossequio alla parola rivelata, non volle escludere l'uso degli argomenti filosofici in veruna parte dello scibile. Non da altro che da questa libertà ebbe sua causa quel pensiero tanto commendato di Ruggero Bacone *(doctor mirabilis)*, che tutta la filosofia dovesse rispondere al suo proprio fine, e trattarsi così rigorosamente, che i veri da essa stabiliti d'accordo con la fede, non potessero mettersi in dubbio neppure da quelli che non credono.[1] In gene-

[1] *Op. cit.*, Pars 2ª, c. VIII.

rale gli scolastici riconobbero, che se vi hanno verità note soltanto per la fede, o per questa e per la ragione insieme; altre ve ne hanno che si possono conoscere con la semplice ragione naturale.[1] Non si stancarono di ripetere, che le scienze filosofiche tutte si trattano razionalmente;[2] che è proprio del filosofo il porre soltanto quelle cose, che possono accertarsi per via del ragionamento;[3] che vero è quanto si conforma alla retta ragione;[4] che in fine è secondo la natura della scienza, che l'intelletto assenta alle cose per l'evidenza loro, e non già perchè altri così od altrimenti abbiano pensato, o creduto.[5] Vediamo perciò S. Tommaso trattare profondamente tutte le più grandi quistioni filosofiche, e fra esse anche quelle relative ai rapporti della vita civile. Lo vediamo discorrere con rigore scientifico delle idee che presiedono al loro ordinamento, ossia dei sommi principii della giustizia e delle leggi. Una prova poi del come anche i precursori dell'Aquinate s'ingegnassero di trattare lo stesso

[1] Vedi Enrico di Gand, *Summa theol.*, P. I, a. XIII, q. VIII, n. 5.

[2] S. Thom., *Summa theol.*, P. I, q. I, a. 1.

[3] Alb. Magni, *Physica*, lib. I, tr. II, c. IV, *Opp.* t. II; ivi, lib. VIII, tr. I, c. XII; *De Meteoris*, lib. II, tr. II, c. I, t. cit.; *De anima*, lib. I, tr. II, c. VII, t. III; *Metaphysica*, lib, XI, t. II, c. X, t. cit.

[4] S. Thom., *Op. cit.*, 1ª, 2ª, q. XCVIII, a. 1, ad. 1.

[5] *Comm. in lib. II Metaphys.*, p. 47, Venetiis 1572, attrib. ad Alessandro d'Alessandria, ma che vengono riferiti ad Alessandro d'Hales nella prima ed unica edizione.

argomento, senza confondere la filosofia col dogma, l'abbiamo nel trattato *de iustitia et iusto* del Card. Laborante, testè venuto alla luce. [1] Quindi è che da gravissimi scrittori, quali un Remusat, un Cousin, un Hauréau, un Simon, un Fiorentino ed altri, viene sommamente lodato lo spirito filosofico dei più illustri rappresentanti della scolastica. Anzi si è generalmente creduto vedere nella loro dottrina (considerata in sè stessa, prescindendo dalle circostanze esteriori in cui si svolse) un lungo e vigoroso sforzo della ragione, per liberarsi dal dominio della fede a prezzo della tranquillità; un fervido lavoro delle intelligenze, per riconquistare l'indipendenza. E come se questo fosse poco, si disse persino, essere la scolastica la rivoluzione che si prepara, ed annunzia la sua venuta. [2] I quali giudizî sebbene sieno errati, servono tuttavia a provare, quanto poco fondamento abbia l'accusa di servilità contro una filosofia, cui si prodigano tanti e tanto grandi encomii.

Tutto ciò deve ripetersi in particolare della giurisprudenza, la quale ispirossi nella filosofia scolastica. L'unità ed universalità dei principii, cui era giunta nel-

[1] Fu edito per cura del ch. Siragusa dall'unico Codice del secolo XII esistente nella B. Vaticana (n. 110, C, fogli 244 rect. 251 vers., Palermo 1886).

[2] Hauréau, *Hist. de la philosophie scolastique*, Tom. I, p. 121: « *La scolastique c'est la révolution qui se prépare, qui annonce sa venue.* » Cfr. Ad. Franck *in eod.*, *Iournal des Savants*, 1881, p. 531.

l' età di mezzo; il sistema giuridico uniforme che le era riuscito d' impiantare, non implicavano alcuna servile soggezione all' autorità della teologia: se pure non voglia dirsi, che soggezione e servilità fosse il non contraddire ai veri da essa proclamati, ed il riconoscere praticamente l' ordine che le dottrine hanno tra di loro, aiutandosi le une coi principii delle altre. L' errore principale di quanti avversano l' armonia della scienza etico-giuridica con la teologia, e d' onde discendono poi tutte le altre false proposizioni; l'errore in cui ha sua radice il proposito di combattere la scolastica, anche rispetto alla giurisprudenza, è quello di supporre, contro ogni ragione filosofica e storica, che il fondamento che il diritto ha nella religione, sia cosa affatto artificiale e precaria. Di ciò qualche cenno abbiamo dato nell' altro capitolo, avvertendo di guardarsi dal considerare nella scienza il principio religioso come una mera preoccupazione dei tempi. Qui vuolsi rispondere a certuni, i quali sono tanto convinti che il medio evo procedesse ad arbitrio, e per ignoranza in tutte le cose, da ritenere persino che nella religione fosse introdotto il principio d' autorità, affinchè il diritto, cui esso è indispensabile, trovasse in quella un appoggio, e se ne fortificassero i principii. Quindi, a sentir loro, essendo la detta unione artificiale, le proposizioni stabilite dai teologi in tempi d' ignoranza, dovevano trovarsi prive di fondamento dopo che la luce fu fatta. Così esse avrebbero perduto ogni credito presso i popoli, e sarebbero state sostituite dalla scienza, che ha per oggetto il diritto na-

turale. Oggidì poi, sempre secondo tale opinione, si vedrebbe più che mai la necessità di stabilire le regole giuridiche reagendo sulle credenze; per guisa che la formazione e divolgazione di detta scienza affrancasse le menti, e queste una buona volta si liberassero dal dogma. [1]

Una parte di tali errori si riferisce alla storia delle religioni, specialmente alla cattolica, e di ciò veggano i teologi. Per quanto risguarda l'argomento di questo scritto dirò, che l'influenza della religione nel diritto fu non solo opportuna, e benefica, ma necessaria. Fu benefica, perchè ne santificò le sanzioni, ne corresse la barbarie, ne rese possibile l'effettuazione in tempi, in cui la forza pareva dovesse soverchiare; ed ai doveri della stretta giustizia aggiunse, quasi a complemento, quelli della carità. Fu necessaria, perchè ispirò alla scienza del diritto l'ideale supremo di perfezione, che le età successivamente dovevano proporsi di raggiungere, e che fuori della religione invano avrebbero cercato: onde nel corso di esse vidersi sempre i principii giuridici, e sociali ripetere la loro forza dalla chiarezza, ed evidenza delle verità religiose. Ogni qual volta queste si oscurarono, e le convinzioni diminuirono, anche la morale si rilassò, il diritto perdette la sua efficacia, la giustizia cedè all'egoismo. Senza quei veri la morale ed il diritto non avrebbero potuto progre-

[1] Vedi Brocher de la Fléchère, *Op. cit.*, I. p. 29 e s.; Schiattarella, *Op. cit.*, p. 58, 112.

dire e svolgersi, anzi neppure esistere. Appare quindi manifesto l'errore di quelli, che fanno consistere lo svolgimento e perfezionamento della scienza etico-giuridica nel separarsi dalle credenze, nel contraddirvi, e soppiantarle. Contro di loro stanno la ragione e la storia, le quali ci persuadono della necessità di un costante accordo. Or bene si è già detto altrove,[1] che non vi ha dottrina, nella quale questo sì chiaro splenda come nella scolastica, segnatamente in S. Tommaso: anzi tale accordo è quello che ne costituisce, anche in questa parte della filosofia, il valore e la perfezione. Non mancano tuttavia le difficoltà eziandio sotto questo aspetto. Esse nascono da un altro strano e volgare pregiudizio, condiviso pure da qualche dotto scrittore, secondo il quale, la scuola di S. Tommaso tanto sarebbe lungi dalla perfezione in questo ramo speciale di cognizioni, che si mostra, dicesi, guasta dalla passione di parte. Imperocchè si vuole, che la suddetta scuola, costretta nella politica, dimenticasse l'ideale, per avvalorare le pretensioni della Chiesa nelle sue lotte coll'Impero, e far sì che prevalessero; non solo non lasciando libero il pensiero giuridico, ma distogliendo gli animi da uno studio alto e sereno del diritto.[2]

[1] Capitolo sesto, pag. 76.

[2] Vedi Carle, *La vita del diritto nei suoi rapporti colla vita sociale*, p. 255, n. 130 e ss., Torino, 1880; Rava, *Filosofia del diritto e definizione del diritto*, Prelezione, p. 11, Bologna, 1885; Baumann, *Die Staatslehre des h. Thomas*

Affermazioni e giudizî così fatti quanto sono acconci a distorre le menti dalle dottrine della scuola, ed a farle disprezzare senza esame; altrettanto sono infondati e falsi. Lasciando da parte tutto ciò che si è detto fino qui sui rapporti della filosofia in genere, e della giuridica in ispecie con la teologia; è certo avere l'Aquinate rigorosamente ragionato le sue dottrine intorno al diritto pubblico sulle più elevate e più pure concezioni metafisiche, che tennero sospesi i grandi intelletti di ogni età, cioè il fine ultimo della persona umana, e l'ordine dei fini ad essa subordinati, ma con essa armonizzanti.[1] Lungi quindi dall'essere la sua teorica del diritto pubblico soltanto un riassunto di dottrine partigiane, ha seco un'alta impronta scientifica. Essa, scrisse assai bene il Contzen, contiene la parte più cospicua del nostro capitale scientifico, circa le maggiori questioni di ordine sociale e politico; e ci fornisce principii molto rilevanti per conoscere la natura della società, e le sue leggi.[2] Onde venne giustamente ripreso uno scrittore italiano contemporaneo, il

von Aquin, des grossten Theologen und Philosophen der Katholischen Kirche, p. 7, Leipzig 1873. (L'esimio prof. Rava in un altro pregevole scritto, che cito più innanzi, chiarì meglio il suo pensiero).

[1] Su questo punto tornerà profittevole il consultare l'opera del Burri, *Le teorie politiche di S. Tommaso e il moderno diritto pubblico*.

[2] *Zur Wurdigung des Mittelalters mit besonderer Beziehung auf die Staatslehre des heil. Thomas von Aquin*, p. 24, Cassel 1870.

Brunialti, per avere asserito, non trovarsi da Platone in poi per lo spazio di quattordici secoli « un solo monumento insigne di scienza politica », e che quando pur si volesse notare qualche studio, « si fosse costretti a citare il libro *de regimine principum* »[1]. Infatti così scrivendo mostrava di non avere meditato, come si doveva, questo libro, nè compreso l' intimo e sostanziale rapporto, che ha con le dottrine e coi principii sparsi nelle altre opere di S. Tommaso. Di più mostrava d' ignorare quanto valgono eziandio i trattati di diritto pubblico degli altri scolastici, quali un Vincenzo di Beauvais, e un Egidio Romano. Il primo ragionò della politica nel suo *Speculum doctrinale*, « attingendola, conforme allo scopo del suo lavoro, dice il Talamo,[2] ad Isidoro di Siviglia ed al trattato *de Regimine Regum* di Elinando » fiorito, secondo l' Oudin, verso l' anno 1212. Il secondo scrisse un libro intitolato de *Regimine Principum*, in cui, a dire del Forti,[3] « l' istruzione del principe in ogni parte morale e politica è veramente compita; e (soggiunge il citato scrittore) se Filippo il bello non fu giusto principe, non è a darne colpa certo al sapientissimo precettore ». An-

[1] Brunialti, *Le scienze politiche*, § II. Vedi Cavallaro-Freni, *Il diritto costituzionale richiamato ai principii della filosofia giuridica e studiato nelle legislazioni comparate*, Vol. I, p. 82 e s., Catania 1886.

[2] *L' aristotelismo della dottrina scolastica nella storia della filosofia*, p. 446, Siena 1881, ed. 3.ª

[3] *Op. cit.*, lib. I, c. III, p. 349.

che Alberto Magno dettò un commento sulla politica di Aristotele, e sul tema stesso scrisse nella sua Somma capitoli scevri da ogni mira secondaria di parte. Da ultimo io non dubito, che l'istesso carattere rigorosamente scientifico abbia il trattato inedito *de Regimine christiano* di Giacomo da Viterbo, scolastico del secolo XIII, per quanto se ne può arguire dall'indice delle materie riportato nell'opera del Talamo.[1] Tutti questi lavori vogliono essere studiati senza preoccupazione, e non superficialmente; badando eziandio di non restringere lo studio della dottrina in essi contenuta ai rapporti che ebbe con le condizioni e col carattere dei tempi, in cui fu prodotta. Perciocchè gli scolastici, e singolarmente S. Tommaso, non meritano considerazione soltanto sotto l'aspetto storico, come moltissimi pensano; essendo questo pure un preconcetto ancora più comune e divulgato degli altri fino qui discorsi. Ciò poi sarà reso più chiaro, relativamente al diritto ed alle leggi, da quanto esporrò nei capitoli che seguono, destinati all'analisi dei principii e degli elementi primi della giurisprudenza filosofica; la cui teorica, quale fu ideata da S. Tommaso, non ha mestieri di essere rifatta.

[1] Pag. 446, nota 1. Tre mss. di questo trattato esistono nella Biblioteca Angelica di Roma.

CAPITOLO OTTAVO

Di una perfetta ontologia elementare del diritto fornita dalla scolastica.

La restaurazione della giurisprudenza filosofica devesi cominciare da una conveniente esposizione dei principii acquisiti alla scienza, piuttosto che dalla produzione di idee nuove. Ciò risulta dai capitoli precedenti. Fra questi principii acquisiti alla scienza del diritto figura una serie di analisi, e definizioni circa parecchi concetti sostanziali, cui fa d'uopo ricorrere ogni qual volta vuolsi partire da un punto accertato, così per trattare le complicate quistioni, onde consta la giurisprudenza universale, come anche per conseguire una coordinata comprensione di tutta la scienza giuridica: sotto il quale rispetto particolarmente i nostri maggiori tanto ci superavano. Tali concetti sono quelli di legge, di ordine, di natura, di stato, di diritto, di fatto, di libertà, di uguaglianza, di dipendenza, ecc. Ora la scolastica, che non fu una sterile contemplazione di forme logiche, ci offre di essi la più completa elaborazione, come ne fa fede il trattato delle leggi di San Tommaso, di cui non è luogo in tutta quella filosofia, nè più nobile, nè più sublime. Ne discorrerò dunque,

brevemente in verità, se si consideri l'importanza della materia, ma quanto basti ad indicare gli elementi, per la ricognizione dei quali deve essere promosso lo studio filosofico della giurisprudenza; e pago di opporre le profonde intuizioni della scolastica a quanti pensano, che la giustizia non abbia rapporto alcuno ontologico, nè si colleghi con un primo principio, nè con un Ente creatore, ma si fondi unicamente nell'uomo.

Dirò in primo luogo della legge, di cui i dottori scolastici offrono al giurisprudente una nozione tale, che ben la distingue dalla mera esistenza, forza od azione cieca delle cose, qualunque rapporto ipotetico o paragone si possa instituire intorno ad esse. La scolastica afferrò il requisito essenziale della legge nell'effetto di legare, ossia d'indurre una necessità morale di fare o non fare una determinata cosa, di trovarsi o non trovarsi in un certo stato, in una parola, di agire o di essere. [1] Ma poichè affermare il principio della legge non era tutto, e conveniva che si fosse accennato eziandio al suo oggetto formale, così la scolastica lo cercò nell'ordine delle cose, diretto ad un fine universale, assoluto, ossia nell'ordine morale, inteso dalla sapienza e santità divina: il quale per via del giudizio pratico della ragione, e per le relazioni che questa scorge nell'universo, si offre alla nostra mente come necessario nei fini e nei mezzi, invitando l'uomo a conformare ad esso i proprî

[1] S. Thom., *Summa theol.*, I, II, q. 90, a. 1; Suarez, *Tract. de legibus*, lib. I, cap. 1.

atti, ed a realizzare in modo corrispondente tutti i rapporti della vita.[1] In quest' ordine necessario, obbiettivo, che la ragione non crea, ma riconosce come esistente, la scolastica distinse la parte esterna e giuridica, dall' interna e non giuridica; ne segnò pure i gradi, distinguendo un ordine individuale, un ordine sociale, ed un ordine universale; e mostrando come a ciascuno di essi possa riferirsi prossimamente e direttamente l' obbligazione. Siccome però il vincolo che questa importa, risguarda sopratutto l' ordinamento della comunanza degli uomini, così, secondo il pensiero dei dottori scolastici, la legge primamente e principalmente risguarda l' ordine pel bene comune; d'onde la famosa definizione — *quaedam rationis ordinatio ad bonum commune* — che di essa diede l' Aquinate, e con la quale espresse mirabilmente il doppio carattere intellettuale e morale della legge.[2]

Ma l' idea di ordine non può essere formata dalla idea di un solo oggetto: essa ne racchiude essenzialmente molti, disposti ed armonizzati ad un comune effetto. Quindi un ordine legale suppone essenzialmente

[1] S. Thom., *Op. cit.*, I, II, q. 93, a. 1, 4; q. 91, a. 1 e 2. Cfr. id., I, II, q. 19, a. 9; ed *In I Ethic. Arist.*, I, lect. 1; Suarez, *Op. cit.*, lib. II, cap. 2, 3.

[2] S. Thom., *Op. cit.*, I, II, q. 90, a. 3, 4. Cs. Meyer, *Inst. jur. natur.*, P. I, n. 184, 188, 226; Costa-Rossetti, *Philosophia moralis*, p. 542, e s., Oeniponte 1886, ed. 2.ª Pou y Ordinas ha fatto un largo commento a questa definizione, mostrando quanto sia perfetta. (*Op. cit.* nella *Ciencia Cristiana*, n. 7, Aprile 1887, Vol. II, p. 39 e ss).

l'esistenza e l'azione di molte leggi componenti le parti dell'ordine medesimo. Si esige di più che tutte queste leggi possano ridursi ad unità. Ora a centro del detto ordine la scolastica pose quella legge eterna, che è la stessa ragione della sapienza divina, in quanto dirige tutte le cose, e tutti gli atti ad un debito fine, e perciò necessaria come l'essere divino da cui dipende. [1] Questa legge, concepita e decretata fino dall'eternità, venne a compiersi con la creazione della natura razionale, e di essa fu fatto partecipe l'uomo per via del lume dell'intelletto, e della ragione, a differenza degli altri animali incapaci di conoscere la volontà del creatore. [2] Da ciò il concetto di una legge naturale, universale, immutabile, cooperante al fine stesso della legge suprema, come quella che mira al retto ordinamento della società umana, ed è essa pure espressione della sapienza e volontà divina. [3] Siccome però le condizioni della vita sociale sono complesse, e molteplici le esigenze dei rapporti civili, così la legge naturale non poteva bastare a soddisfarle tutte. Questa verità (l'unica che si asconda sotto il velame delle strane dottrine positive, di cui si è veduto nei primi capitoli) non è negata dalla scolastica: la quale mentre afferma l'esistenza di una legge eterna, e di una

[1] S. Thom., *Op. cit.*, I, II, q. 91, a. 1; q. 93, a. 1. Cfr. a. 4-6.

[2] Suarez, *Op. cit.*, lib. II, cap. IV, n. 9.

[3] S. Thom., *Op. cit.*, I, II, q. 91, a. 2. Cfr. Id., *contra gent.*, III, c. 113 e s.; Suarez, *Op. cit.*, lib. II, cap. V, VI, 13.

legge naturale da essa derivata, riconosce come l'ordine giuridico naturale abbraccia doveri e diritti imperfetti, indeterminati e controversi; riconosce che la vita sociale non si potrebbe mantenere, se questi doveri e diritti non venissero determinati, posti fuori di dubbio, resi stabili e perfetti. Indi la necessità di una terza legge, la legge positiva, che secondo la scolastica, coopera ai fini stessi, intesi, e voluti dal supremo ordinatore, ora spiegando la legge naturale, ora determinandone i precetti comuni, applicandoli, adattandoli alle circostanze, alle condizioni della vita, ai tempi, ai luoghi, munendoli di sanzione efficace, e così completando la legge stessa, e confermandola. [1] La scolastica tiene perciò calcolo anche delle condizioni individuali d'ogni popolo, in cui ravvisa un fatto determinante le leggi universali ed immutabili della natura. Nè la coesistenza delle diverse leggi turba in detta filosofia l'unità dell'ordine giuridico. Ciò oltrechè risulta dalle cose esposte, ci viene pure confermato dalle condizioni volute da essa nelle leggi.

Molte leggi positive si aggirano nella materia stessa della legge di natura: ma tutte, secondo i dottori della scuola, conviene che a quella si riducano. Imperciocchè unico e comune è il fine di ogni legge; unico è l'intento di ogni legislatore, ossia l'effettuazione del retto ordine di ragione. Non varia che il modo, cioè

[1] S. Thom., *Op. cit.*, I, II, q. 91, a. 3; q. 95, a. 1, 2; Suarez, *Op. cit.*, lib. I, c. III, § 18, 19.

il mezzo di conseguire questo fine. Ciò che nella legge di natura è compreso in modo semplice ed universale, dalla positiva si sancisce secondo la specie ed il caso, e si determina secondo le esigenze particolari della vita. Perciò la legge di natura è come l'esemplare, e la regola di ragione negli affari umani. Dalla concordanza della legge positiva col suddetto esemplare dipende la giustizia sua, la quale poi si converte nella efficacia della legge stessa. Non può infatti l'uomo essere obbligato simultaneamente da due leggi contrarie; e la legge positiva ha virtù di obbligare solo in quanto è giusta. Altrimenti piuttosto che legge, dovrebbe dirsi corruzione della legge, nè saprebbesi su di essa istituire alcun giudizio. [1] Quasi tutta l'importanza della scolastica sta nella evidenza di questa dottrina, cui si deve il risorgere ed il progredire della filosofia giuridica. [2] Le altre condizioni della legge, volute dalla scolastica, sono: la necessità, l'utilità, la convenienza, la possibilità. Come per la giustizia la legge si dirige all'ordine universale, così pei detti requisiti mira al bene particolare. Ora anche sotto questo rispetto la scuola

[1] S. Thom., *Op. cit.*, I, II, q. 95, a. 2; Suarez, *Op. cit.*, lib. III, cap. XII.

[2] Questo comincia a riconoscersi da tutti. Vedi Rava, *La filosofia del diritto nel pensiero italiano*, p. 12, ove l'autore scrive, che « da questa legge (la naturale) sviluppata largamente dalla scuola tomistica.... e dall' influenza benefica che esercitò sulla dottrina e sulla pratica, dobbiamo riconoscere le prime e non povere origini della filosofia del diritto privato. »

riconosce alle circostanze di tempo e di luogo, alla esperienza, alla storia una certa efficacia ed influenza sul verbo legislativo, come quello che deve essere appropriato ai popoli. Ma qui pure è conservata all' ordine giuridico l' unità, perchè la legge deve mirare al bene particolare, subordinandolo all' universale; inoltre alla scienza positiva delle leggi è assegnata la sua natural regione nell' elemento mutabile della vita civile.

Altri elementi alla cui ricognizione fa di mestieri procedere, per riprendere l' opera della ricostituzione della giurisprudenza universale, si hanno nelle idee di stato e di diritto. La scolastica distinse uno stato naturale, ed uno stato civile; non li oppose però tra di loro. Ambedue, secondo la detta filosofia, provengono dalla natura, e su di essa si fondano, sebbene non nel modo stesso. Il primo proviene e si fonda nella natura immediatamente, come la vita sociale di famiglia; all' altro la natura dà soltanto l' impulso, ed è costituito per umano consiglio. Da quella però trae le sue leggi, e secondo le esigenze di essa delinea il proprio organismo.[1] Che se considerata la società universale degli uomini, astrattamente parlando, non si trova fondamento per veruna subordinazione mutua, nè quindi per veruna disuguaglianza fra esseri, ai quali comune è la natura, e comune è il fine della società; in concreto però, ossia rispetto alle diverse maniere con cui gli uomini possono coesistere e convivere, rispetto ai

[1] S. Thom., *Op. cit.*, II, II, q. 57, a. 2, 3; Suarez, *Op. cit.*, lib. II, cap. 17-19.

particolari momenti della natura sociale, nascono da un lato molteplici ragioni di dipendenza e di disuguaglianza, e dall' altro appaiono quei rapporti di proporzione delle parti col tutto, e del tutto con le parti, e di queste tra di loro, nel cui retto ordinamento consiste la giustizia sociale, oggetto del diritto.

Questo deriva, secondo la scolastica, dagli stessi principii della legge di natura, in quanto risguardano l' universale ordine oggettivo della giustizia sociale, tanto nell' intero corpo, quanto nei membri suoi. Imperocchè al diritto spetta il fondare, e conservare nella sua rettitudine quest' ordine; anzi consiste in ciò il suo fine ideale. Dovendo poi quest' ordine essere conosciuto, acciocchè le azioni degli uomini, ed i rapporti sociali possano conformarsi ad esso; ne viene che il diritto ed il dovere non si concepiscano che fra esseri capaci di conoscere l' ordine stesso, ossia fra esseri ragionevoli. Per questo non solo non si danno nè diritti nè doveri nelle società degli animali, ma neppure questi possono averne contro l' uomo, il quale di loro si serve come di *cose*, e loro comanda come signore. La natura razionale però non costituisce, secondo gli scolastici, la causa e la legge del diritto; ma ne è soltanto il fondamento e la misura, in quella stessa guisa che le esigenze della natura animale o corporea sono il fondamento e la misura, ma non la legge di tante altre azioni e rapporti. [1] La legge di ogni diritto sta nell' or-

[1] Suarez, *Op. cit.*, lib. II, cap. 5.

dine, con cui il diritto stesso conviene che concordi, e del quale è d'uopo che in qualche modo partecipi. La mente umana apprende quest'ordine, e giudica la concordanza o discrepanza degli atti e rapporti della vita con esso, cioè il retto ordinamento degli uomini tra di loro, e verso la società. D'onde segue per la scolastica, 1° che l'essere o no un atto od un rapporto conforme al diritto, non dipende dalla intenzione e ragione del soggetto: 2° che un diritto, per essere tale, non basta che provenga dalla libertà e volontà individuale o collettiva. Intorno alla quale proposizione (che ha dato luogo a parecchie denegazioni) giova riflettere, come la libertà, che che se ne dica,[1] non è fine a sè stessa, nè contiene in sè la propria misura, ma la riceve da una legge superiore di ordine etico. Lo che si riferisce al principio, affermato dalla scuola, della dipendenza del diritto dall'etica; in virtù del quale principio non tutti i modi con cui si può ottenere una conciliazione della libertà degl'individui, sono giusti; ma quelli soltanto che convengono alla natura razionale e sociale, considerata nella sua subordinazione a Dio, come fine ultimo.[2] Per la stessa ragione la scuola non ammette che si dica conforme al diritto, nè tampoco indifferente sotto l'aspetto giuridico, un'azione od un rapporto, per ciò solo che non turba la coesistenza, e non distrugge la reciproca armonia delle volontà indivi-

[1] Vedi Fouillée, *L'idée moderne du droit*, p. 192.
[2] Suarez, *De act. hum.*, Tr. III, disp. I, sec. II, 9.

duali, cioè perchè non nuoce. Altrimenti avrebbero carattere e ragion di diritto, o almeno sarebbero giuridicamente indifferenti, la bestemmia, il sacrilegio, il suicidio, il duello, il divorzio, l'adulterio, l'incesto, la poligamia, la promiscuità, l'usura, la schiavitù o servitù perpetua acconsentita, tutti i contratti più turpi, purchè liberamente conchiusi, e in fine tutte le ingiurie fatte *scienti et volenti*. Che se l'accordar questo ripugna, egli è perchè al disopra della libertà individuale, della volontà dei privati, e delle loro facoltà, avvi la legge etica che domina i rapporti umani, impone loro determinate forme, ed agl'individui assegna il modo di essere e di operare. Per tale legge le noverate cose non solo contraddicono alla morale, ma anche al diritto, come quelle che si oppongono ai fini della personalità umana, alla vera forma del matrimonio, della famiglia, dei contratti, insomma ai fini interni delle relazioni fondamentali dell'uomo. Si comprende da ciò, quanto dalla sana filosofia discordi, e sia quindi da riprovare la notissima formola (dettata da Kant) della coesistenza e reciprocanza delle volontà individuali, secondo una legge generale, che non è legge di ordine etico, ma di semplice libertà.[1] Nè io so poi intendere, come siasi potuto asserire da taluno, che il concetto in quella formola racchiuso, si deduca logicamente dalla filosofia

[1] Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, p. 30 « *nach einem allgemeinen Gezetze der Freiheit* ». Cfr. Lessius, *De just.*, lib. 2, cap. 7, dub. 3; De Lugo, *De jure et justitia*, D. VIII, s. I, n. 12 e ss.

di S. Tommaso.[1] Secondo gli esposti principii un diritto in concreto, cioè particolarmente determinato, non è che una conseguenza riconosciuta ed affermata rispetto a date persone, e ad una speciale materia, ossia un reale postulato di quell'obbiettivo ed universal ordine di ragione, fuori del quale non vi ha forma, che valga a rendere rispettabile diritto alcuno, nè volontà umana che renda giusta una azione, e legittimo un rapporto. Non ignora la scuola, come i diritti si determinino ed individuino anche per via di fatti particolari, liberi, i quali in largo senso sogliono prendersi, e scambiarsi per altrettanti titoli: ma per essa questi fatti non sono che le cause occasionali, per cui un diritto viene a realtà, e diconsi anche condizioni reali di esso. « Quando diciamo *io mi obbligo*, *io acquisto un diritto*, noi non siamo già i creatori di quel sacro vincolo che lega gli spiriti, ma poniamo soltanto la material condizione della obbligazione o del diritto, entrando spontaneamente in quelle relazioni nelle quali *l'ordine eterno ci legherà a dovere, o ci attribuirà il potere verso la controparte* ». Così egregiamente il Taparelli.[2] Con questo la scolastica venne a porre nel diritto naturale la esattissima e feconda distinzione, fra ciò che in esso è di ragione assoluta, immutabile, e quello che è di posizione con-

[1] Stampacchia, *Dei rapporti tra la legge giuridica e la legge etica*, p. 205, Lecce, 1878.

[2] *Op. cit.*, I, §§ 341, 342. Vedi anche Meyer, *Op. cit.*, nn. 499, 501-4, 530-33.

tingente: onde ebbe torto il Romagnosi di rimproverare gli scolastici, di non aver fatta tale distinzione, arrogandone a sè tutto il merito.[1] Si vede ancora nella dottrina suddetta, come sia mirabilmente accordata la libertà umana con la necessità del diritto, in quanto questo si svolge con la cooperazione di quella.

Dal fine ideale dell'universo diritto, ragionato sul debito di fondare il retto ordine sociale, e conservarlo in mezzo alle vicende ed agli umani arbitrii, i dottori scolastici derivano la precipua caratteristica del diritto, cioè l'inviolabilità coattiva, senza della quale l'incostanza e la malizia degli uomini renderebbero quel fine frustraneo. Avvertono però, che l'esterna efficacia del diritto non appartiene alla essenza sua per guisa, che sempre ne debba andare munito, e non si dia vero e proprio diritto, se per accidente non si possa far valere; o venga meno, se manchi di sanzione e di potere fisico. Con che la scolastica conduceva a distinguere bene il diritto, e l'esercizio od uso di esso; il diritto, e le forme o modi di farlo rispettare e reintegrare, il diritto insomma, e la procedura. Le quali nozioni importantissime vedonsi purtroppo oggidì confuse dall'empirismo: confusione particolarmente determinata da quelle dottrine, che ridussero la sostanza dei diritti e dei doveri alla esterna le-

[1] *Istituzioni di civile filosofia,* Parte 1ª, p. 285, Firenze 1839; *Assunto primo della scienza del diritto naturale,* p. 24, nota 1, Firenze, 1832.

galità, ad un puro meccanismo.[1] La suddetta distinzione scolastica fra l'inviolabilità coattiva, e l'efficacia attuale del diritto fornisce anche un argomento per confermare l'esistenza fra gli uomini di diritti e doveri giuridici, che traggono la loro virtù dalla legge di natura, prima che nell'ordine storico sia qualunque legge positiva; e che perciò sono indipendenti dallo svolgimento di quest'ordine. Imperocchè l'efficacia del diritto è di per sè stessa tutta morale; la legge scritta non l'accresce, nè la diminuisce; tanto meno poi la toglie, non essendo dato all'uomo il cambiare l'ordine della natura.[2]

[1] Vedi l'opuscolo del Jhering, *La lotta pel diritto*, meritamente giudicato dal Fouillée (sebbene razionalista) una esagerazione della teorica di Kant, che aveva data l'idea del fisico potere, ossia della forza, come un elemento sostanziale del diritto (Fouillée, *L'ideé moderne du droit*, p. 258 e s.).

[2] S. Thom., *Op. cit.*, II, II, q. 60, a. 5.

CAPITOLO NONO

Del nesso logico che la dottrina scolastica del diritto ha con le maggiori questioni metafisiche.

È stato affermato, « avere la scolastica offuscato come nebbia settentrionale lo splendore del pensiero italiano nel medio evo; avere scompigliato ogni idea di giustizia, avvolgendola nelle tenebre dei dogmi e della superstizione. »[1] Tali giudizî o piuttosto sentimenti si collegano a quanto esponemmo nel capitolo settimo di questo scritto, e furono sino a pochi anni fa uno dei luoghi comuni degli scrittori di cose filosofiche. Esprimevano un profondo disprezzo per una filosofia, di cui stimavasi meglio non ragionare, e passar oltre. Ma in mezzo al generale scetticismo in cui si dibatte la scienza a' dì nostri, si è sentito il bisogno di ritornarvi sopra. Non pochi hanno corretto i proprii giudizî, anzi i più ostinati confessarono già che la scolastica ebbe una grande importanza per l'età di mezzo.[2] Ora è di mestiere riconoscere, che questa im-

[1] Vedi Chiappelli, *Cino da Pistoia*, p. 209; Ambrosoli, *Introduzione alla giurisprudenza filosofica*, p. 92.
[2] V. *Journal des Savants*, Set. Nov. 1881, Gen. 1882.

portanza non finì coll'epoca in cui la suddetta filosofia sorse, perchè, come acconciamente scriveva Ad. Franck, la grande lotta fra il nominalismo ed il realismo, che riempie di sè il medio evo, non cessò mai; essa dura tuttora sotto altri nomi ed altre forme in tutti i rami della scienza. Nella morale, e nel diritto può ravvisarsi tra il principio del dovere, e quello dell'interesse. Ciò posto, quanto possa contribuire la scolastica, a tôr via questo dissidio coll'esatta notizia dei legami, che congiungono la morale al diritto, e la giustizia ad un primo principio, ad un Dio creatore ed ordinatore, risulta dalle cose fino qui ampiamente dichiarate. La originaria e continua concordanza della legge con la morale, posta dalla scolastica come condizione del retto ordinamento giuridico, guarderà la giurisprudenza dall'empirismo, e dal degenerare in un semplice artificio meccanico. La dipendenza poi della giustizia da un primo principio, da un Dio creatore ed ordinatore farà sì, che mentre la giurisprudenza si aggira intorno al diritto positivo, come alla norma più prossima di giudicare, non vi si riferisca però come a cosa esclusiva; bensì lo consideri sempre quale parte di un complesso ed ordine di leggi, indivisibilmente cooperanti a produrre un dato effetto. Ma non si arresta qui l'importanza della scolastica, imperocchè essa offre alla giurisprudenza universale l'aiuto di una possente filosofia circa altre ricerche fondamentali di metafisica, iniziate con la maggior forza persuasiva.

La prima di dette ricerche è quella che si riferi-

sce alle nozioni universali: il quale problema domina tutte le parti della filosofia, poichè ogni altro si collega con esso per molteplici legami, e non vi ha questione che nol contenga, e non lo supponga risoluto. Ciò dicasi principalmente delle questioni relative alla giustizia, al diritto, al dovere, alla libertà, ecc. Queste sono cose reali, oppure vuoti concetti, e voci vane? Ecco il problema gravissimo, del quale la filosofia scolastica diede alla giurisprudenza una soluzione, che assai le giovò. In primo luogo ognuno comprende, come altro sarebbe, se la cognizione dei principii giuridici, e delle idee che presiedono ai rapporti della vita, non fosse che un lavorio del nostro spirito; ed altro, se essa abbia il suo fondamento nella natura. La giurisprudenza inoltre presupponeva, che fossero messe in chiaro le tendenze di ciascun essere, che ne fosse ben determinato il principio attivo e passivo. Richiedeva che si sapesse, come ai fini particolari delle cose corrispondano nature particolari; e come la natura di ogni ente sia la norma o regola prossima del retto. [1] Anche a questo soddisfece la scolastica, svolgendo con originalità e semplicità i concetti di sostanza, di essenza, di genere,

[1] Questa proposizione non contraddice all'altra espressa nel capitolo precedente, ossia che la natura razionale non costituisce, secondo gli scolastici, la causa e la legge del diritto, ma n'è soltanto il fondamento e la misura: perocchè come dimostra il Suarez ivi citato, non ogni norma o misura delle azioni e dei rapporti può chiamarsi legge (*quia mensura latius patet, quam lex*).

di specie, di qualità sostanziale, ecc.; ponendo distinzioni tali, che valessero a dimostrare, come l'intelligenza afferri la natura astratta delle persone e delle cose; separi in esse ogni singolarità; ne paragoni l'essenza cogl'individui reali o possibili, cioè con quelli in cui sussiste o ne' quali può sussistere, e vi aggiunga la relazione dell'universalità. Alludo specialmente alla profonda distinzione dell'universale *diretto*, e dell'universale *riflesso*, svolta da S. Tommaso:[1] distinzione acconcia a spiegare come l'intelligenza attiva conosca i principii naturali, che sono i medesimi in tutti gli uomini; e come acquisti l'idea di una legge naturale, e di un diritto universale dell'intera umanità.

Può considerarsi come una conseguenza logica del problema degli universali, l'altro non meno rilevante della individuazione, cioè il problema di quell'*io*, cui il diritto aderisce, in cui s'incarna, distinguendolo dagli oggetti sui quali esso diritto si esercita. Questo problema che solamente annunziato bastò ad agitare le menti poderose dei dottori del medio evo, al dire del Talamo,[2] assunse in S. Tommaso una grande importanza. Esso rinasce oggidì per le audaci negazioni del positivismo, e può condurre a dispute utilissime anche nel campo del diritto; se si considera la stretta sua attenenza col principio della personalità umana.[3] Ciò non isfuggì all'acuta mente dell'Aquinate, il quale addimostrò contro

[1] *Summa theol.*, P. I, q. 85, a. 2, ad. 2.
[2] *Op. cit.*, p. 398.
[3] Vedi Fouillée, *L'idée moderne du Droit*, p. 250.

l'arabo Averroe, che negando all'individuo una cognizione intellettiva propria, gli si veniva a togliere il volere, quindi la libertà, e distruggevasi così da' suoi fondamenti la filosofia morale e giuridica. Soggiunse di più, che con la scienza morale andrebbe perduto nella contraria dottrina eziandio quanto è necessario per la conservazione della società civile. [1]

Da queste considerazioni circa i rapporti del diritto con le maggiori questioni metafisiche, si fa anche una volta manifesto il valore scientifico della scolastica. La quale lungi dall'offuscare il pensiero giuridico, diradava le nebbie del panteismo; lungi dallo scompigliare ogni idea di giustizia, ed avvilupparla nelle superstizioni, ne conduceva la cognizione al punto più alto, cui potesse liberamente giungere la mente umana. È questo d'altronde il carattere generale della scolastica, soprattutto di quella dei secoli XII e XIII, di cui il più volte lodato Franck scrisse, che se non rappresenta la totalità del sapere, certo è però che se ne spinge al sommo di esso.[2] Finalmente siccome sono di quegli, che pur professando un alto rispetto alla metafisica, credono che le nozioni di essa non appartengano alla dottrina giuridica, e che anzi questa se ne debba allontanare vie più; così le considerazioni svolte in questo capo circa gli universali, ed il problema dell'individuazione, gioveranno a persuaderli della strettissima attenenza, che il diritto

[1] S. Thom., *De unitate intellectus contra Averroistas.*
[2] *Iournal des savants*, novembre 1881, p. 641.

serba con la metafisica; e che quindi mal non si appose la scolastica, approfondendo le suddette nozioni, ed indicandole come i fondamenti astratti della filosofia civile. [1]

[1] Niccola Niccolini nel suo ragionamento *dell' indole e del corso del diritto penale*, toccando del barbaro sistema delle antiche leggi criminali, usciva in questi detti: « E pure ha data l'Eterno sì felice condizione a questo nostro bel cielo, che non passò che qualche anno, e l'errore, non del legislatore, ma dei tempi, fu dissipato subito alla luce maravigliosa e divina che venne a spargervi con la sua metafisica il grande nostro Aquinate; e le menti tutte, lasciato il tardo e progressivo andamento del tempo, presero in un momento un' attitudine, una direzione tutta intellettuale e fuor d'uso: cosa miracolosa, e che persuade il miracolo ». (*Quistioni di Diritto*, Parte II, p. 159).

CAPITOLO DECIMO

Del carattere dei rapporti giuridici secondo la scolastica.

Dicesi qui del carattere che hanno i rapporti giuridici nella filosofia scolastica, a mo' di complemento di tutta la trattazione, e senza intendere di parlarne distesamente, ma soltanto per rettificare anche su questo punto alcune false opinioni dominanti. Imperciocchè la filosofia del diritto nel disprezzo di qualsiasi idea che, secondo essa, sapesse di dogma, ha di sovente accettato, come principii di buona lega, pregiudizî passati per assiomi fra i giuristi, ed accolte istituzioni positive, senza prendersi cura di cercarne la giustificazione morale. Questo non può avvenire con la guida della scolastica, per la quale i rapporti giuridici non sono forme vuote, che attendano il loro contenuto dalla volontà subbiettiva; nè rapporti, cui qualunque contenuto sia indifferente. Per lo contrario a ciascuno di essi è assegnato un fine subordinato a quello ultimo dell'uomo; viene inoltre totalmente escluso, che i suddetti rapporti possano nei casi particolari assumere un aspetto, che non soddisfaccia alle esigenze della morale. Imperocchè, secondo la mente dei dottori scola-

stici, l'ordine giuridico è essenzialmente ordine etico, benchè i rapporti che lo costituiscono, appartengano al lato esterno di esso: quindi ciò che non è possibile moralménte, non lo è neppure giuridicamente. Nel modo stesso, quanto risponde ai fini etici, nella realtà della vita non dipende talmente dalle condizioni esteriori di essa, che cessi di aver forza di legge, tosto che ne divenga impossibile la effettiva esecuzione.[1] Questi principii affettano l'essenza stessa dei rapporti civili, e la loro individualità. Da rapporti *autonomici* di mera potestà, fondati sull'amor proprio, e dipendenti dalla potenza e dagli atti del soggetto, quali erano nella dottrina e giurisprudenza etnica, e quali vorrebbersi da una falsa filosofia moderna; si trasformano nel diritto cristiano in rapporti *teonomici* di obbligazione, fondati sulla cognizione, e sull'amor naturale dell'ordine.[2] Con questa idea, cui la scolastica ha applicato tutta la potenza della sua dialettica, venivano a sostituirsi alle categorie giuridiche antiche i motivi etici, con cui si regge tutto l'ordine della vita sociale: motivi che non escludono gli altri, cioè i fisiologici, gli economici, i legislativi ecc., ma che li dominano. Questi motivi sono indipendenti dalla intenzione del soggetto; per essi quanto vi ha di retto nei rapporti giuridici oltrepassa la semplice volontà.

Segue da tutto ciò, che la scolastica non riconosce

[1] Vedi Costa-Rossetti, *Op. cit.*, Praef., p. VIII, e Pars 2ª; Meyer, *Op. cit.*, n. 567, nota 1.
[2] Vedi Taparelli, I, nota XLIII.

nell'individuo alcuna facoltà di disporre liberamente delle cose e delle azioni, se non come di un mezzo necessariamente richiesto per un fine più elevato, cioè l'attuazione del retto ordine sociale, ed il conseguimento di quel bene, che questo rappresenta. Intorno al quale punto pare, che la giurisprudenza contemporanea cominci ad accorgersi della falsità di uno dei più vantati sistemi moderni, il sistema dell'Hegel, quando essa per bocca del Jhering domandava: se la volontà fosse lo scopo del diritto, che sarebbe dei diritti fra le mani di persone prive di volere? Mentirebbero questi diritti alla loro destinazione? Sarebbero come occhiali in mano ai ciechi?[1] La scuola di Krause ha il merito di avere riconosciuto per la prima l'errore; Stahl pure se n'è guardato. Le facoltà morali però competono all'uomo come essere ragionevole, ed indipendentemente dall'uso che ne possa fare. Nulla può su di esse la legge, dalla quale come non dipende il creare o il distruggere la personalità di un individuo, così non dipende il determinarla e modificarla *a suo talento*. Anche questo è un corollario della dottrina scolastica. Che se qualcuno[2] affermò proposizioni contrarie, si fu per essere partito dall'erroneo principio della volontà giuridica subbiettiva, facendo sostanzialmente esistere il diritto soltanto là dove questa sia viva e sve-

[1] *L'esprit du droit romain*, T. IV, p. 319. Cfr. H. Ulrici *Naturrecht*, S. 231; Meyer, *Op. cit.*, n. 473.

[2] Helfferich, ap. Jhering, *Op. cit.*, Tom. IV, not. 491.

gliata. Infatti sarebbe forse vietato p. e. uccidere o spogliare un incapace, solo in grazia del capriccio del legislatore, che ne stabilì e determinò la personalità? Ed in un'altra sfera di rapporti, come il figliuolo di un povero pazzo ne raccoglierebbe le sostanze, se il diritto ereditario fosse per intero ed essenzialmente il trapasso di una volontà? Eppure alla prima di queste conseguenze si verrebbe a fil di logica pel principio della volontà subbiettiva, ammettendo che dove questa non esiste, ivi non possa essere il diritto. L'altra fu apertamente dedotta dal Lassalle.[1] Non si è riflettuto, che i legami del diritto vengono da un ordine eterno, superiore alla nostra volontà; che se da noi può dipendere il contrarre o no certi rapporti, in cui il detto ordine ci lega e ci attribuisce poteri, non è però la nostra volontà che propriamente crea il vincolo; e questo fu già più sopra avvertito.[2] Qui soggiungiamo che in molte relazioni si entra anche senza nè volerlo, nè capirlo; che quindi anche inconsciamente possiamo avere od acquistare diritti: d'onde i diritti inalienabili, i quali non esisterebbero, se, come acutamente nota il Taparelli,[3] i diritti fossero una disposizione tutta in vantaggio individuale. Questo ci conduce a dire della ragione dell'utile, che tanto influisce sul carattere dei diritti.

Ap. Jhering, *Op. cit.*, Tom. IV, p. 320, not. 491.
[2] V. Capitolo ottavo.
[3] *Op. cit.*, Vol. I, p. 158, nn. 341-343.

L'ordine deontologico razionale intuito dalla scolastica, e di cui il diritto fa parte come mezzo, collima pienamente coll'ordine eudemonologico, sebbene in modo obbiettivo e materiale, in quanto che ciò che conviene alla legge di ragione, e si accorda coll'ordine morale, non può non riuscire utile all'uomo ed alla comunità; mentre è sempre dannoso ciò che dal detto ordine discorda. L'utilità, secondo gli scolastici, entra nella economia dei disegni divini, in quanto che ogni ordine di diritti, veramente tali, riesce in ultimo al bene individuale e sociale. Secondariamente fa capo all'intenzione stessa dell'uomo, il quale si sente chiamato per natura a partecipare del bene che lo perfeziona.[1] La legge poi mentre tutela l'uso e l'esercizio dei diritti, guarentisce eziandio l'utilità che ne ridonda all'individuo ed alla società: perciocchè i veri diritti nulla possono produrre d'inutile. Però dall'osservare che effetto generale di un vero diritto, e di una legge giusta è l'utilità, non segue che questa sia una cosa stessa con la verità del suddetto diritto, e con la giustizia di detta legge. Sarebbe prendere l'effetto per la causa: errore nel quale caddero gli utilitarî, e primo tra essi il Bentham, che per distruggere le fallacie altrui, propose una logica legislativa fondata unicamente sugli effetti della legge.[2] Ben è vero, che nel fatto

[1] V. Meyer, *Op. cit.*, p. 142, 358, nota 1.

[2] *Oeuvres*, Tom. I, p. 39, *Traité de législ. civ. et pén.*, c. XIII.

l'utilità determina i diritti e le leggi; ma loro condizione è l'onestà, e la giustizia. « L'onestà » dice il Taparelli « fa sì che *possa* crearsi la legge; la utilità fa che *debba* crearsi ».[1] Nel modo stesso la giustizia è la condizione per la quale il diritto può esistere; l'utilità fa sì che venga determinato, riconosciuto praticamente, e gli si attribuisca azione. Su questo punto getta non poca luce la dottrina scolastica della giustizia perfetta, sia commutativa, sia legale, il cui oggetto, a differenza della giustizia imperfetta, è un bene utile, proprio degl'individui o della comunità.[2] Delle suddette condizioni generali l'una costituisce l'elemento formale, l'altra l'elemento materiale di tutti i rapporti giuridici. Esse ne generano poi altre particolari, le quali vengono richieste nelle diverse relazioni della vita, onde conseguire alcuni giuridici vantaggi. Ma l'importante si è, che nella dottrina della scuola il bene ed il diritto non si contraddicono mai: anzi stanno fra di loro in un rapporto necessario. Nello stesso rapporto con l'utile, obbiettivamente considerato, stanno pure i singoli momenti storici del diritto, e con quello non discorda alcuna delle forme che l'uomo diede ad esso, stimolato dal bisogno di felicità, e di benessere.

[1] *Op. cit.*, Vol. II, p. 59, n. 1080.

[2] Vedi Costa-Rossetti, *Op. cit.*, p. 221, 308, 543 e ss.; De Lugo, *De iure et just.*, disp. I, s. I, n. 5 e ss.

CONCLUSIONE

Appare dalle cose esposte, quanto sia prezioso il materiale filosofico apprestato dalla scolastica alla giurisprudenza universale. Non resta che i giuristi se lo assimilino, e se ne servano per parlar tutti lo stesso linguaggio, ed intendersi tra di loro, almeno nei punti più importanti; affinchè non si verifichi, che tre gradi di elevazione del polo, come diceva Pascal, bastino per rovesciare tutta la giurisprudenza, ed un meridiano decida della verità. Non credo di esagerare affermando, che mentre l'esperienza degli antichi *prudentes* valse ad assicurare alla dottrina il possesso di molte cose utili; la sapienza dei dottori scolastici le assicurò il necessario. Essa indicò il punto centrale, in cui tutto il resto trova la sua spiegazione e dimostrazione logica. Offerse al giurisprudente i criterî oggettivi per apprezzare, secondo che meritano, i rapporti religiosi, morali, politici, ed economici della vita reale; per valutare con esattezza gli elementi, che in ogni tempo concorrono a comporre l'organismo giuridico; ed infine per istituire un giudizio sicuro delle

loro cause. Gl' insegnò il modo di ben ragionare in materia di legislazione; il modo di assumere e coordinare i concetti opposti, che lungo i secoli si producono; di discernere i falsi, ed eliminarli dalla scienza. Mise innanzi agli occhi del giurisprudente un sistema completo di cognizioni, per le quali ei potesse afferrare ogni idea e rapporto nel loro intimo legame, e nell'azione reciproca col tutto: un sistema in cui l'elemento della personale libertà, proprio del diritto etnico, si combina mirabilmente con quello dell'ordine, che forma lo spirito del diritto cristiano. Gli porse inoltre un metodo atto a ricomporre la teoria, e la pratica nella loro naturale unità. Con quel metodo la giurisprudenza poteva raggiungere in tutti i suoi particolari quella simmetria, semplicità, e chiarezza, che tanto contribuiscono alla sua popolarità, e diffusione. Insomma la scolastica pose i semi della vera giurisprudenza, e del vero diritto. Il giurisprudente deve impiegare l'arte sua a trapiantarli nel terreno della vita, fecondarli, svilupparli; se pure stoltamente non preferisce lasciare la scelta dell'equo e del buono, del giusto e dell'ingiusto alla fortuita combinazione degl'interessi; vanamente sperando nel risultato delle loro collisioni, nelle cieche lotte, negli accidentali adattamenti, nella materiale continuità e svolgimento delle forme, in una parola nella utopia del progresso spontaneo ed indefinito del diritto.

INDICE

Correzioni.

P. 1, nota 1, leg. « Encyclica ». — P. 34, lin. 2, leg. « passeggiero ». — P. 70, lin. 16, leg. « un servirsi ».

Prezzo: Lire 3.